HANDBUCH DES SÄCHSISCHEN STRAFRECHTS

Schaffrath

Digitized by Google

Digitized by Google

Zehnter Abschnitt.

Von dem allgemeinen Thatbestande der Verbrechen.

§. 211.

Einleitung.

Der Gegenstand oder die Prämisse der Strafe und des Strafrechts als des Schlusses oder der Folge ist das Verbrechen, dieses daher auch der hauptsächlichste Gegenstand der Darstellung eines positiven Strafrechts. Zwar ist auch das Strafgesetz eine Prämisse der Strafe und des Strafrechts, so wie des Verbrechens selbst. Dennoch aber kann das Verbrechen noch vor dem Strafgesetze, dieses als ein wesentliches Merkmal des erstern nach jenem betrachtet werden, zwar nicht streng logisch richtig, aber doch bei der Darstellung eines einzelnen, positiven, des sächsischen Strafrechts nach der Legal-Ordnung eines einzelnen, des sächsischen Criminalgesetzbuchs. Diese nämlich würde durch eine Darstellung des Thatbestandes oder Verbrechens mitten in dem S. C. G. B. ungebührlich unterbrochen werden. Hierzu kommt noch, daß es grade für die Darstellung des Thatbestandes und des Verbrechens in einem Handbuche nach der Legal-Ordnung des Sächsischen wie aller neuern Strafgesetzbücher an einem passenden Orte fehlt. Denn grade über den Begriff, das Wesen und die einzelnen objectiven Erfoderniſse eines Verbrechens im Allgemeinen enthalten alle neuern Strafgesetzbücher fast gar keine Bestimmungen, nur über die subjectiven einige, aber auch sehr wenige. Sie alle überlassen die Darstellung des Thatbestandes und des Verbrechens im Allgemeinen der Wissenschaft, und setzen deren Resultate als Vorkenntnisse voraus. Auch aus diesem Grunde mag daher die Darstellung des Thatbestandes vor der eines positiven C. G. Buchs und des Strafgesetzes nicht gemißbilligt werden, sogar zweckmäßig, ja, nothwendig erscheinen. Dieß endlich auch noch deßhalb, weil grade die Lehre vom Thatbestande auch h. T. noch ziemlich allgemein, mehr der Wissenschaft eines allgemeinen Strafrechts als der eines einzelnen

Digitized by Google

besondern positiven angehört, übrigens auch nach der Grundwissenschaft des Strafrechts (§. 1—210.) hier schon, vor der Lehre vom Strafgesetze, verständlich ist.

Erste Abtheilung.

Vom Begriffe und den Eintheilungen des Thatbestandes.

§. 212.

Erklärung von Thatbestand.

Thatbestand — der Bestand der That —, (der Rechtsverletzung, des Verbrechens) ist das Wesen einer That oder der Inbegriff aller wesentlichen Merkmale oder Erfoderniſſe einer That (Handlung, Rechtsverletzung, eines Verbrechens). Da natürliche und zufällige Eigenschaften einer That weder zu deren Begriff gehören, noch sie von andern Gattungen oder Arten unterscheiden, da namentlich die letztern eben so gut da sein als nicht da sein können, so können sie auch in dem Worte: „Thatbestand" im Allgemeinen und Abstracten, ohne Beziehung auf eine einzelne besondere concrete That, nicht, selbst nicht in der grammatischen Bedeutung von „Thatbestand" enthalten oder mitbegriffen sein. Denn zu einem Begriffe — oder zu einer mittelbaren allgemeinen Gesammtvorstellung gehören eben blos wesentliche und allgemeine Merkmale von einzelnen concreten, unmittelbar vorgestellten Sonderdingen, nicht aber alle einzelnen, unmittelbar an allen einzelnen concreten Dingen einer gewissen Gattung vorgestellten oder wahrgenommenen Merkmale. Ja, aus letztern und aus letztern mit läßt sich gar kein „Begriff" aus unmittelbaren Vorstellungen bilden. Nur indem man von diesen abstrahirt und nur auf die wesentlichen allgemeinen Merkmale reflectirt, kann man den abstracten allgemeinen Bestand eines Dinges oder einer That, den Thatstand — bezogen und anwendbar auf alle Thaten, alle Rechtsverletzungen u. s. w., bilden. Versteht man unter „Thatstand" auch die zufälligen Merkmale einer That mit, so giebt es dann nur einen besondern Thatbestand für eine einzige, besondere, concrete Handlung, weil eine jede wieder andere zufällige Merkmale hat. Insofern nun „Thatbestand" identisch mit „Wesen einer That", dieser logische und philosophische Kunstausdruck aber viel bestimmter, allgemeiner und verständlicher ist, so ist der Ausdruck „Thatbestand" ein, für die Dogmatik — wenn auch nicht für die Geschichte — der

Digitized by Google

Strafrechtswissenschaft überflüssiger,[1]) müssiger, nur zu Irthümern und Mißverständnissen führender und ohne praktische Resultate. Besser wird daher im Strafrechte das Wesen der Verbrechen — wie in allen andern Wissenschaften, auch des Rechts — nicht der Thatbestand zur Grundlage der Darstellung genommen.

§. 213.

Andre Erklärungen von Thatbestand. 1) Neuerer Strafrechtslehrer.

Feuerbach[1]) definirt den Thatbestand (etwas dunkel) durch: „der Inbegriff der (also aller?) Merkmale einer besondern (?) Handlung oder Thatsache, welche in dem gesetzlichen Begriff (? also blos wesentliche?) von einer bestimmten Art (?) rechtswidriger Handlungen enthalten sind." Mittermaier[2]): „Dasein der Merkmale, welche zu einer gewissen That gehören, wenn sie unter ein Strafgesetz gestellt werden sollen." Im Widerspruche hiermit tadelt er den Ausdruck: „subjectiver Thatbestand" u. s. w. Marezoll:[3]) „der Inbegriff gewisser (?) wesentlicher Merkmale und Voraussetzungen (?), ohne welche überhaupt gar kein Verbrechen gedacht und keine Criminalstrafe znerkannt werden kann." Martin:[4]) „der ganze Inbegriff von Thatsachen, welche die Voraussetzungen des Daseins eines Verbrechens zusammengenommen bilden." Bauer[5]) unterscheidet sofort zwischen Thatbestand in thesi und hypothesi und definirt den Thatbestand im allgemeinen gar nicht. Wächter[6]) erst: „Inbegriff der Merkmale einer That —, eines Verbrechens", sodann aber: „Inbegriff der Merkmale eines Verbrechens, aus welchen eine Handlung, wenn sie ein Verbrechen sein soll, bestehen muß." — Abegg:[7]) „die allgemeinen Bedingungen, die wesentlichen Merkmale eines Verbrechens." Luden[8]) in der historischen Bedeutung von corpus delicti: „die durch eine rechtswidrige, entweder dolose oder culpose Handlung hervorgebrachte verbrecherische Erscheinung."

1) A. M. ist Mittermaier, zu Feuerbach's Lb., 13. Aufl. 1840. §. 81. not. I. S. 135. Luden, Abh. aus d. g. t. Strafr. II. Ueber den Thatbestand. 1840. S. 1—112.

1) Lb., 13. Aufl. 1840. §. 81. S. 134.
2) zu Feuerbach's Lb., §. 81. not. I. IV. S. 135. N. Arch. d. C. R. III. nr. VII. a. S. 413.
3) Lb., 1841. §. 17. S. 46.
4) Lb., 1829. §. 28. S. 61.
5) Lb., 2. Aufl. 1833. §. 122. S. 177.
6) Lb., I. 1—25. §. 46. not. 98. S. 75.
7) Lb., §. 69. S. 103.
8) Abh. aus d. gem. d. Strafr. II. Ueb. d. Thatbest. 1840. S. 56. 61. ff.

Digitized by Google

§. 214.

2) Aeltrer Strafrechtslehrer Erklärung von Thatbeſtand.

Die Aeltern nehmen den Ausdruck „corpus delicti“ auch für bloße Aeußerlichkeiten, die theils zum Begriffe des Verbrechens nicht gehören, theils nur Zeichen der Erkennbarkeit des Daſeins eines weſentlichen Erforderniſſes ſind, z. B. das Werkzeug, ſelbſt örtliche Rückſichten, Spuren der Gewalt u. ſ. w. Im Einzelnen nämlich verſtehen die Aeltern unter dem von Kleinſchrod zuerſt gebrauchten Ausdrucke „Thatbeſtand“: a. die Gewißheit des Daſeins der objectiven Merkmale eines Verbrechens („substantia et veritas delicti commissi“ — und doch ganz inconſequent, blos auf die objectiven Merkmale bezogen, z. B. Kreß, Leyſer, und ſelbſt auch noch Meiſter)[1]; b. die Spuren eines Verbrechens oder das Object, an welchem, oder das Inſtrument, mit welchem das Verbrechen begangen worden iſt, z. B. Böhemer;[2] derſelbe jedoch auch c. den Inbegriff derjenigen ſub- und objectiven Merkmale einer Handlung, die ſie irgend als ein Criminalverbrechen darſtellen; d. Biener,[3] Stübel,[4] Feuerbach, Roßhirt nur die objectiven Merkmale eines Verbrechens, ſchließen alſo nur die veritas der Aeltern aus. Eben ſo die ältern ſächſiſchen Geſetze.[5]

§. 215.

Erklärung von corpus delicti.

Die Juriſten des Mittelalters, zuerſt wohl Farinacius, ſprechen von „corpus delicti“ „constare de delicto“ — und die noch ältern von „veritas“ oder „liquidatio delicti“ bei dem Verbrechen der Tödtung, wenn die Leiche des Getödteten aufgefunden wurde. Inſofern paßte der Ausdruck „corpus delicti“.[1] Die Nichtauffindung der Leiche bei der Tödtung galt nach altteutſchem Rechte für einen Mangel an dem corpus delicti. Später dehnte man den Ausdruck auf viele andere Verbrechen aus, zu dem proceſſualiſchen Zwecke, feſtzuſetzen, daß im Inquiſitionsproceſſe mit der Specialinquiſition nicht eher verfahren werden dürfe, als bis

1) vorzüglich wegen l. 1. §. 14. ad Sc. Sil. 29, 5. c. 1. ubi causae fisc. 5, 36. P. G. O. Art. 6.

2) Medd. ad. C. C. C. ad art. 6. §. 10. Hiervor warnt d. Baierſche Strafgeſ. b. II. Art. 74.

3) Delibata quaedam de corpore delicti. Lips. 1801. S. 13. ff.

4) Ueber den Thatbeſtand der Verbrechen, die Urheber u. ſ. w, Wittenberg, 1805. S. 2—24.

5) z. B. Gen. v. 30. April 1783. §. 1. 2. (I. F. I. 454.)

1) l. 1. §. 14. ad Sc. Silan. 29, 5.

Digitized by Google

der objective Theil, das objektive Dasein eines Verbrechens — abgesehen von einem gewissen Thäter — in Gewißheit gesetzt war. Da dieß nicht bei allen Verbrechen möglich war, so beschränkte man später das constare de delicto, corpus delicti nicht mehr blos auf das Körperliche und sinnlich Wahrnehmbare, was das Verbrechen hinterließ, sondern dehnte jenen Begriff auch auf subjective Umstände aus, wenn nur in ihnen ein Beweis für das begangene Verbrechen gefunden werden konnte.[2]) Gewiß ist es, daß corpus delicti weder in grammatischer noch historischer Bedeutung so viel wie „Thatbestand", „Wesen", heißen kann. Martin[3]) hält jenen Ausdruck für enger, wenigstens seiner Etymologie nach, als das teutsche „Thatbestand". Und mit Recht. Wächtern[4]) dagegen scheint corpus ein aus mehrern verschiedenartigen Theilen zusammengesetztes Ganze, und corpus delicti (Umfang, Inbegriff der Theile (?), Bestand des Verbrechens) ganz gleich zu sein mit „Thatbestand des Verbrechens". Falsch ist die Erklärung des Thatbestandes in der Preuß. Crim. O. Art. 133.

§. 216.

Eintheilungen des Thatbestandes.

So wenig man das Wesen, so wenig kann man den Thatbestand eintheilen oder in Arten zerlegen. Nur betrachten kann man ihn in verschiedenen Beziehungen und Gesichtspunkten. Solche (bei allen andern Strafrechtslehrern aber Eintheilungen des Thatbestandes) deuten folgende Ausdrücke an: 1) Thatbestand in thesi oder in abstracto ist (nach Bauer) der Inbegriff der gesetzlichen Merkmale eines Verbrechens. 2) Th. in hypothesi oder in concreto ist nach demselben das wirkliche Dasein aller jener Merkmale bei einer bestimmten Handlung. — Diese Eintheilung bezieht sich auf ein bestimmtes, wirkliches Verbrechen, so, daß dieses den abstracten Thatbestand voraussetzt. 3) Objectiver ist der Inbegriff der objectiven, subjectiver Th. der Inbegriff der subjectiven wesentlichen Merkmale eines Verbrechens. 4) Der allgemeine (That-) Bestand (einer Rechtshandlung, einer Rechtsverletzung) eines Verbrechens ist der Inbegriff aller, zu einem jeden Verbrechen (zu einer jeden Rechtshandlung, Rechtsverletzung) oder zum Dasein eines Verbrechens (einer Rechtshandlung, Rechtsver-

2) S. die hierüber ausführliche und gute Schrift Ludens, Ueb. d. Thatbestand. 1840. S. 17–52.
3) Lb. §. 27. not. 7. S. 62.
4) Lb. §. 45. not. 99. S. 79.

letzung) überhaupt im Allgemeinen erfoderlichen, also allgemeinen (oder Geschlechts-) Merkmale. (§. 217.) Der besondere, (eigenthümliche Bestand einer That oder) Thatbestand ist der Inbegriff aller zu der besondern Gattung oder Art eines Verbrechens (einer Rechtshandlung, Rechtsverletzung) erfoderlichen, eigenthümlichen —, die specifische oder die generische (logische) Differenz ausmachenden Merkmale, z. B. Vorsatz und Fahrlässigkeit, ja, ein besonders charakterisirter Vorsatz, animus iniuriandi, lucri faciendi, Eintreten eines gewissen Erfolgs (z. B.: beim Hochverrathe nicht) ein besonders geeigenschafteter Gegenstand, z. B. uneheliches Kind (Art. 126.), Verwandtschaft (Art. 302.), besondere Art, (Gewalt), besondere Mittel (Waffen), ja, selbst besondere Zeit und Ort der Handlung. (Art. 227. 228. 230. 254. des S. E. G. B.) 5) Falsch und seiner eignen (zweiten) Erklärung von Thatbestand widersprechend (§. 213.) ist Wächters[1]) Eintheilung desselben in wesentlichen und außerwesentlichen. Außerwesentliche, zufällige Merkmale können nur auf den Grad der Strafbarkeit, so wie auf die Qualität und Quantität der Strafe, nicht aber auf den (That-) Bestand oder Begriff eines Verbrechens Einfluß haben.[1]) 6) Noch überflüssiger als die bisherigen und wo möglich noch verwirrender, noch dazu mit der Eintheilung des Thatbestandes in objectiven und subjectiven zusammenfallend ist die Stübels[2]) in personalen und realen, so wie die in materialen und formalen.

§. 217.

Wesen und wesentliche Merkmale

Der Thatbestand läßt sich auf drei Gattungen von Bestandtheilen zurückführen auf die Voraussetzungen 1) der verbrecherischen Handlung, entweder an sich oder in Hinsicht ihrer Wirkungen,[1]) (Form des Verbrechens), 2) des Gegenstandes — d. h. stets einer Person, und 3) der Person des Verbrechers. — Was das Wesen eines Dinges überhaupt ausmache und welche Merkmale eines Dinges im allgemeinen wesentliche (nothwendige) oder zufällige (außerwesentliche), welche absolut und welche relativ wesentliche, ferner welche natürlich und welche positiv wesentliche, allgemeine, unbedingte, absolute (gemeinschaftliche) und besondere,

1) i. a. W. §. 46. not. 99. S. 77. Dagegen Martin, i. a. W. §. 29. not. 11. S. 66. Bauer, i. a. Lb. §. 125. not. b. S. 178. f.
2) i. a. W. §. 4. u. 18. Dagegen Martin u. Bauer in den angef. Lb.

1) l. 16. §. 8. d. poen. 48, 19.

relative (eigenthümliche), ferner welche objective (sog. materialia delicti) und subjective (sog. formalia delicti), endlich welche ursprüngliche und abgeleitete seien, dieß Alles ist aus der Logik und Philosophie, so wie aus den Lehrbüchern über römisches Recht und Proceß bekannt. Im römischen Rechte heißt Wesen theils substantia, theils natura, und wesentliche Erfoderniſſe in den teutschen Reichs- und sächsischen Gesetzen „substantialia, fundamental-Stücke".[1] Die Eintheilung der außerwesentlichen Erfoderniſſe in ordentliche oder natürliche, gewöhnliche (naturalia delicti) und außerordentliche oder zufällige (accidentalia delicti) entbehrt eines richtigen logischen Eintheilungsgrundes. — Auch das S. C. G. B. Art. 25. spricht von „den gesetzlichen Erfoderniſſen eines Verbrechens."

§. 218.

Inhalt und Umfang des Thatbestandes oder Wesens der Verbrechen.

Zu dem Thatbestande oder Wesen eines Verbrechens gehören alle einzelnen wesentlichen Merkmale — Voraussetzungen, Erfoderniſſe, Bestandtheile — u. s. w. desselben, die objectiven sowohl als die subjectiven, wie sie unten §. 250—263. §. 264—306. und §. 307—352. aufgezählt sind, auch die Zurechnungsfähigkeit[1]) und Strafbarkeit.[2]) (§. 219. 264. 307.) Hiergegen ist Luden.[3]) Derselbe mag vielleicht Recht haben, wenn er vom historischen Begriffe des Thatbestandes die Zurechnungsfähigkeit und Strafbarkeit ausschließt, wiewohl auch dieß vielen Zweifeln unterliegt. Allein Unrecht hat er, wenn er jene beiden Merkmale vom Begriffe oder Wesen des Verbrechens ausschließt, (i. a. W. S. 65. f. 67. 68. 70. 72.) Denn ohne Zurechnungsfähigkeit und Strafbarkeit giebt es kein Verbrechen. Oder meint Luden, es gäbe ein solches auch ohne Zurechnungsfähigkeit und Strafgesetzwidrigkeit, mithin bei vorhandener Zurechnungs- und Strafloſigkeit, ja, sogar bei dem Mangel eines Strafgesetzes? (Vergl. oben §. 170.) Ludens von der Consequenz der Strafrechtslehrer hergenommener Grund ist ein bloßes argumentum ad hominem, außer-

1) S. hierüber und über obige Erklärungen selbst Meine Grundwissensch. d. g. t. u. s. Civ. u. Crim. Proc., Leipzig. 1839. 1. §. 17. f. S. 25. ff. §. 23. 24. S. 29. ff.

1) Martin, Lb. §. 28. 29. Wächter, Lb. §. 46. ff. Heffter, Lb. §. 91. 35. Abegg, Lb. §. 69.
2) Wächter, Lb. §. 76. 47. 48. Martin, Lb. §. 30. u. Andere.
3) Ueber den Thatbestand, 1841. S. 72. ff.

Digitized by Google

dem aber auch auf einer Verwechselung des allgemeinen Thatbestandes aller Verbrechen mit dem besondern einzelner, besondrer Verbrechen beruhend. Bei diesem und diesen werden natürlich nur die besondern, eigenthümlichen — die generische oder specifische Differenz bildenden — Merkmale einer Verbrechensgattung angegeben, die allgemeinen aller Verbrechen aber natürlich zum Ueberfluß nicht wiederholt, eine Wiederholung, die bei jedem Verbrechen, mithin mehrere hundert Male vorkommen und höchst tadelnswerth sein würde. Außerdem verwechselt Luden (S. 73. in not. 2.) aber auch noch Strafbarkeit, Strafgesetzwidrigkeit mit Bestrafung, Strafe. Bei den einzelnen Verbrechen wird nicht jene sondern nur diese (obwohl mit dieser jene zugleich) ausdrücklich angegeben. Die übrigen Gründe Ludens aber enthalten eine mutatio elenchi. Sie beweisen nämlich nur, daß die Zurechnungsfähigkeit (unten §. 264. ff.) vom Thatbestande auszuschließen sei. Die Zurechnungsfähigkeit (des Verbrechers) ist übrigens nicht, wie Luden sagt, Grundlage der Zurechnung (des Richters), sondern mit deren Gegenstand. Der Grund, „man könne nicht sagen, dem Angeschuldigten werde seine Zurechnungsfähigkeit zugerechnet," ist ganz irrelevant und ein syllogismus amphiboliae. Eben so irrelevant für die vorliegende Frage ist es, ob Zurechnungsfähigkeit in einem andern Sinne, als das Verbrechen Gegenstand der Zurechnung sei. Es fragt sich hier blos, ob Zurechnungsfähigkeit ein wesentliches Merkmal, eine wesentliche Voraussetzung des Verbrechens sei. Daß übrigens natürlich ein Merkmal, ein Theil eines Begriffs — die Zurechnungsfähigkeit — nicht in demselben Sinne, wie der Begriff selbst, — das Verbrechen — Gegenstand eines Urthels sein, daß nur dieses, nicht jene, zugerechnet werden könne, da nun einmal „Zurechnung" dem Sprachgebrauche nach nur auf das ganze Verbrechen sich bezieht, daß ferner (Luden, S. 81.) jemand nur wegen des Verbrechens — eines Ganzen — nicht wegen der Zurechnungsfähigkeit — eines bloßen Theils oder Merkmals oder einer Voraussetzung — bestraft werde, da nun einmal die Gesetze jenes, das Verbrechen und das Ganze, nicht diese, einzelne Theile oder Voraussetzungen bestrafen, dieß ist nicht nur einfach, sondern logisch nothwendig. Daß ferner die Zurechnungsfähigkeit immer und bei allen Verbrechen dieselbe ist, dieß ist ja ein Grund gegen, nicht für Ludens Meinung. Uebrigens ist auch die allgemeine abstracte Rechtswidrigkeit, äußere Erscheinung u. s. w. bei allen Verbrechen dieselbe, insofern sie eben allen

Digitized by Google

gemein ist und aus allen abstrahirt wird. Luden sagt ferner S. 80: „Die Zurechnungsfähigkeit kann gar nicht in Frage kommen, wenn nicht zuvor ausgemacht ist, daß von der Person, welcher zugerechnet werden soll, ein Verbrechen begangen worden sei.“ Dieß ist zwar ebenfalls hier ganz irrelevant, aber auch dreifach unrichtig. Denn die Zurechnungsfähigkeit eines Menschen kann sehr wohl in Frage kommen und beurtheilt werden ganz im Allgemeinen, ohne ein bestimmtes Verbrechen. Sodann aber braucht nicht hierzu schon gewiß zu sein, daß von einer Person ein Verbrechen, sondern nur, daß von ihr ein (gesetzwidriger) Erfolg, eine (gesetzwidrige) That herrühre. Endlich aber ist jener Grund eine petitio principii. Es soll ja eben geprüft werden, ob ein Verbrechen ohne Zurechnungsfähigkeit vorhanden sein könne. Wenn bereits jenes, ist auch das Dasein dieser mit bewiesen. Ueberhaupt kann es nach Luden zur Prüfung der Zurechnungsfähigkeit nie kommen. Denn sie ist stets ganz überflüssig (und bereits mit erwiesen), wenn bereits vorher erwiesen ist, daß ein Verbrechen von der fraglichen Person begangen worden sei. Diese Folge seiner Meinung fühlt Luden selbst S. 87, gebraucht sie aber als Grund gegen die entgegengesetzte Meinung, sich in einem ewigen Zirkel bewegend. Ludens (S. 82.) Unterscheidung zwischen den Merkmalen eines Verbrechens, welche Bedingungen und Voraussetzungen oder Bestandtheile desselben seien und andern, ist ohne praktischen Nutzen und für die vorliegende allgemeine Frage, ob Zurechnungsfähigkeit zum Wesen eines Verbrechens gehöre und ein wesentliches Merkmal sei — ob Bedingung, Voraussetzung u. s. w. oder nicht — ganz irrelevant. Uebrigens ist auch jede Bedingung und Voraussetzung ein wesentliches Merkmal. Auf Priorität oder Ordnung oder Zeit, (Luden, S. 82.), in der man die wesentlichen Erfordernisse eines Begriffes herzählt, betrachtet oder denkt oder in der sie äußerlich erscheinen,[4]) kommt hier nichts an. Genug, wenn die Zurechnungsfähigkeit ein wesentliches Merkmal des Verbrechens ist, daher mit zum allgemeinen Thatbestande gehört. Allein noch merkwürdiger ist es, wenn Luden zu dem Begriffe des Verbrechens dolus oder culpa für wesentlich hält, die Zurechnungsfähigkeit aber nicht, wenn er diese stets erst nach dem Beweise des dolus oder der culpa in Frage und Prüfung kommen läßt, wenn er dolus und culpa ohne Zurechnungsfähigkeit annimmt, diese nicht für die Bedingung,

4) Hierauf legt Luden bald Gewicht (S. 82. 99.) bald nicht. (S. 130. 199.)

Voraussetzung, Grundlage und Quelle des dolus oder der culpa hält. Die angeblich unhaltbaren Consequenzen der hier vorgetragenen Ansicht geben die Vertheidiger dieser nicht nur zu, sondern sie vindiciren dieselben. Allerdings ist über Zurechnungsfähigkeit stets schon entschieden, wenn nur ausgemacht ist, daß Jemand eine dolose oder culpose Handlung begangen hat. Allerdings ist es dann überflüssig, noch ein besondres Urtheil, (der „Zurechnung" sic! ein Urtheil des Urtheils??!) über Zurechnungsfähigkeit anzustellen. Allerdings braucht, ja, es darf der Beweis des dolus oder culpa, ehe man Jemanden („dem Zurechnungsurtheile" sic!!) der Zurechnung unterwirft, noch nicht hergestellt sein. Allerdings kann die Specialinquisition gegen einen Menschen verhangen werden, ehe nur überhaupt ausgemacht worden, daß er mit dolus oder culpa das „Verbrechen" begangen habe. Allerdings giebt es kein Verbrechen ohne dolus und culpa. Allerdings ist die Zurechnung nicht ohne Specialinquisition, das Dasein von dolus oder culpa nicht ohne Zurechnungsfähigkeit, (wohl aber ohne Zurechnung) das Urtheil über das Dasein von dolus und culpa nicht ohne (Zurechnung und) Specialinquisition möglich. Allerdings ist diese gerechtfertigt, ehe noch bewiesen ist, daß ein Verbrechen begangen worden ist. Nur das Dasein der objectiven Erfoderniſſe desſelben braucht bewiesen zu sein. Dieß ist den Gesetzen nicht zuwider. Die Beispiele möchte ich übrigens sehen, „wo mit wirklichem dolus getödtet, Feuer angelegt oder gestohlen worden war, und dennoch wegen mangelnder Zurechnungsfähigkeit des Thäters (§. 260.) keine Strafe verhängt werden konnte". Diese hat dann gewiß nicht gemangelt, wohl aber vielleicht die Zurechenbarkeit der That. (§. 266. 278. 276. a. E.). Eben so wenig vermag gegen die hier vertheidigte Meinung Etwas das argumentum ad hominem zu beweisen, daß Viele oder Einige in Folge derſelben die Zurechnungsunfähigkeit mit der Unzurechenbarkeit verwechselten. Wenn aber Luden S. 90. meint, bei der Handlung auf verbindlichen Befehl oder im Nothstande oder aus entschuldbarem Irrthume liege gar Nichts vor, was zugerechnet werden könne, so ist dieß ein Irrthum. Denn es liegt ja eine Handlung vor, die entweder zugerechnet oder nicht zugerechnet werden kann. In den fraglichen Fällen nun kann sie sogar zugerechnet werden, nur nicht zur strafbaren Schuld, zum Vorsatze oder zur Fahrlässigkeit. Eben so ist Ludens (S. 90.) folgender Schluß ein syllogismus amphiboliae. Er nimmt nämlich das Wort „Zurechnungslosigkeit" einmal

Digitized by Google

für Zurechnungsunfähigkeit, ein anderes Mal für Unzurechenbarkeit; ferner Zurechnung bald im eigentlichen Sinne (§. 280), bald fälschlich für Zurechnungsfähigkeit. Auch sollen nach der hier vertheidigten Meinung dolus und culpa nicht sowohl Arten, wie Luden S. 93. meint, der Zurechnungsfähigkeit, als vielmehr der Zurechenbarkeit sein. Die Zurechnung hat nicht nur jene, sondern hauptsächlich diese zum Gegenstande. Inconsequent und mit seiner eignen Erklärung von Thatbestand im Widerspruche sagt Luden S. 93.: „Die Gegenstände der Zurechnung seien die dolose oder die culpose Handlung und darach die Verschuldung entweder die des dolus oder der culpa.“ Denn nach Luden muß ja bereits vor der Zurechnung und vor der Specialinquisition bewiesen sein, daß von einem Menschen ein doloses oder culposes Verbrechen verübt worden sein. Eben so wenig kann man von einer Zurechnung des dolus oder der culpa, sondern nur von einer zum dolus oder zur culpa sprechen. Denn diese sind weder der Gegenstand des Urtheils über die Zurechenbarkeit (Zurechnung) noch Urheber desselben, d. h. es ist kein Urtheil des dolus oder der culpa. Die That oder Handlung ist der Gegenstand der Zurechnung. Diese wird zugerechnet zum Vorsatze oder zur Fahrlässigkeit, nicht aber wird der Vorsatz, die Fahrlässigkeit zugerechnet. Diese sind an und für sich nicht strafbar. Eben so gut könnte man sagen: die Zurechenbarkeit wird zugerechnet! Allerdings heißt „doli, culpae capax“ zunächst nur so viel, als: des dolus oder der culpa fähig, oder: fähig sein, dolus und culpa zu haben oder in dolo zu sein. Allein eben so gut heißt jener Ausdruck auch zurechnungsunfähig sein. Ein doli non capax, z. B. infans, ist auch zurechnungsunfähig. Dieß beweisen grade die von Luden angeführten l. 5. §. 2. ad l. Aquill. 9, 2. u. l. 25. d. furt. 47, 2. Die letztere lautet: Impuberem furtum facere posse, si iam doli capax sit, Julianus libro 22. Dig. scripsit. In infantes id non cadit. cum impubere culpae capace Aquilia agi potest. Die erstere aber: „Et ideo quaerimus, si furiosus (zurechnungsunfähiger) damnum dederit an legis Aquiliae actio sit? Et Pegasus negavit. Quae enim in eo culpa sit, cum suae mentis non sit?.. Sed et si infans damnum dederit, idem erit dicendum“ u. s. w. Endlich beweisen auch die Gesetze nicht, wie Luden S. 90. not. 1. meint, daß bei einer Handlung, zu der jemand durch unwiderstehliche äußere Gewalt genöthigt wird, es gar nichts Zuzurechnendes gäbe. Vielmehr beweisen sie nur, daß es nichts

Digitized by Google

zum Verbrechen Zuzurechnendes, kein zurechenbares Verbrechen gäbe. Z. B. l. 39. ad l. Jul. d. adult. 48, 5. „vim passam mulierem in legem Juliam de adulteriis non commisisse respondi", vergl. mit l. 13. §. 7. eod. u. c. 20. eod. 9, 9. Ueberhaupt beruht Ludens ganze Argumentation auf dem falschen Schlusse von der proceßrechtlichen Bedeutung des corpus delicti und der proceßrechtlichen Zulässigkeit der Eröffnung der Specialinquisition auf den materiellen Begriff des Verbrechens im materiellen Strafrechte. Daß dieser Schluß falsch sei, leuchtet ein. Wenn endlich Luden S. 85. das Erforderniß der Strafbarkeit von dem Begriffe des Verbrechens ausschließt, so verwechselt er das natürliche mit dem positivrechtlichen Verbrechen, das Strafrecht und die Rechtsverletzung ohne positives Strafgesetz und außerhalb des Staats mit dem und der innerhalb desselben und mit einem positiven Strafgesetze (§. 159. ff.) das Strafwürdige mit dem positivrechtlich Strafbaren, das philosophische, natürliche Strafrecht mit dem positiven.[5]) Er verwechselt ferner die vernunftrechtliche mit der positivrechtlichen Strafbarkeit; die Strafbarkeit ohne ein positives Gesetz mit der mit einem solchen; die vom Gesetzgeber bei der Gründung eines Strafgesetzes ohne dieses erklärte Strafwürdigkeit mit der vom Richter bei der Anwendung eines solchen bereits vorhandenen Strafgesetzes diesem gemäß auszusprechenden Strafbarkeit oder Strafgesetzwidrigkeit, u. s. w. Diese letztere gehört im Staate zum Begriffe eines Verbrechens. Luden beweist daher auch hier S. 83. u. 84. mit lauter syllogismis amphiboliae; ist ferner eben deßhalb consequent gegen den — übrigens positivrechtlichen — Satz: nullum crimen sine lege (§. 170. und §. 219. not. 1.). Allerdings hat der Gesetzgeber gewisse Handlungen durch positives Gesetz für strafbar erklärt, weil sie schon nach der Vernunft strafbar sind. Allerdings ist der Gegenstand der positivrechtlichen Strafbarkeit das schon nach der Vernunft Strafbare. Allerdings muß der Grund der positivrechtlichen Strafbarkeit schon vor dieser vorhanden sein. (§. 171.). Allein im positiven Rechte und bei der Anwendung des Strafgesetzes handelt es sich nur um das in diesem für strafbar Erklärte, nicht um die vernunftrechtliche Str fbarkeit. Zu dieser muß die positivrechtliche noch hinzu kommen; sonst giebt es

5) Ueberhaupt sind Ludens Abh. nicht sowohl „dem gemeinen deutschen Strafrechte", als vielmehr oft blos der Philosophie desselben entnommen. Vergl. z. B. S. 119—139.

Digitized by Google

kein (positivrechtliches) Verbrechen, sondern nur ein vernunftrechtliches oder natürliches. Allerdings würden alle (positivrechtlichen) Verbrechen oder Strafgesetzwidrigkeiten wegfallen, wenn man alle Strafgesetze für aufgehoben erklärte; allein durchaus nicht alle Rechtsverletzungen. Die in dem Strafgesetze ausgesprochene Strafbarkeit ist nicht das Begründete, sondern eben nur die ausgesprochene Strafbarkeit. Diese gehört allerdings nicht mit zum Grunde der (vernunftrechtlichen) Strafbarkeit. Der Standpunkt des Gesetzgebers und des Richters ist hierbei ein ganz verschiedener. Für diesen gilt nur der Begriff des Verbrechens, der in dem Strafgesetze ausgesprochen ist. Die Consequenz dieser Meinung, (Luden, S. 94.), das Bewußtsein der Strafgesetzwidrigkeit gehöre zum dolus, ist ganz richtig und praktisch,[6]) selbst ohne die Vermuthung der Kenntniß der Strafgesetze in jedem Verbrecher. Diese Kenntniß kann fast stets heutigen Tags erwiesen werden, (unten §. 307. ff.). Allein dieses Bewußtsein der Strafgesetzwidrigkeit ist nicht, wie Luden S. 98. meint, so gut wie gar kein Bewußtsein derselben und verschieden von dem Bewußtsein der Strafe und der Größe derselben. Uebrigens sind die einzelnen Merkmale eines Begriffes nicht das Begründete, dieser, der ganze Begriff nicht der Grund. Hieraus ergiebt sich, daß es schiefe Ansichten Ludens sind, wenn er bald S. 166. die einzelnen Merkmale des Verbrechens, bald wieder S. 84. „die in dem Strafgesetze ausgesprochene Strafbarkeit als das Begründete," bald den Inbegriff der Merkmale oder Eigenschaften den „Grund" S. 84. nennt, als nächsten Grund die Verletzung des objectiven Rechts (S. 167.) anführt und doch das Verbrechen selbst „als Verletzung des objectiven Rechts" definirt. (S. 131.). Als wenn der Grund und das Begründete — das Verbrechen — einerlei sein könnten. Zum Schlusse mag noch Ludens (S. 99.) Meinung hier einen Platz finden: Dolus und culpa (zwei stets empirische, einzelne, in der Zeit abgeleitete, concrete, entstandene Thatsachen a posteriori) sind bei einem Verbrechen eher da, als die Strafbarkeit! (ein abstractes Merkmal a priori!)!! Dieß könnte höchstens bei einem einzelnen, empirischen, concreten Verbrechen der Fall sein, aber nicht bei dem abstracten Begriffe eines Verbrechens überhaupt. Endlich streitet gegen Luden das Dilemma: die Zurech-

6) Die von Luden (S. 95.) citirten l. 15. pr. D. 48, 10. l. 16. §. 5. 39, 4. l. 12. C. I, 18. sind nicht dagegen. S. auch noch Luden, S. 141. not. l.

Digitized by Google

nungsfähigkeit und Strafbarkeit sind entweder wesentliche oder zufällige Merkmale des Verbrechens. Letzteres bestreitet Luden S. 106. not. 3. ebenfalls und mit Recht. Folglich müssen sie wesentliche Merkmale sein. Wenn Luden ferner ebenfalls sagt, die Zurechnungsfähigkeit sei ohne allen Einfluß auf die Größe der Strafe, so vergißt er, daß h. T. fast alle Criminalisten eine vermin derte Zurechnungsfähigkeit annehmen und dann auch eine geringere Strafbarkeit.[7]) S. C. G. B. Art. 64. — Dolus und culpa sind nicht absolut und allgemein wesentliche Merkmale eines Verbrechens, wie Luden meint, (S. 103.), sondern relativ-wesentliche oder abgeleitete. Ludens Raisonnements beruhen auf einem Mißverständnisse des „Wesentlichen" und auf sophismatibus amphiboliae. Aus diesen Erörterungen ergiebt sich, daß die Zurechnungsfähigkeit, Vorsatz und Fahrlässigkeit mit dem Thatbestande der Verbrechen zugleich, und zwar erstere vor dieser, (wie von Abegg), nicht nach diesen und getrennt, (wie von Wächter, Heffter, Feuerbach u. s. w.), zu behandeln ist.

Zweite Abtheilung.

Von dem Begriffe und den Eintheilungen des Verbrechens.

§. 219.

Begriff des Verbrechens.

Ein Verbrechen ist eine nach einem Strafgesetze[1]) strafbare und zurechenbare äußere Verletzung einer Rechtspflicht oder eines Rechts oder noch kürzer: die Verletzung eines Strafgesetzes[1]) oder: eine Rechts-Handlung, (§. 49—72.), welche nach einem Strafgesetze strafbar ist. Das Verbrechen ist also stets eine Art der Rechtsverletzung und hat daher alle wesentlichen Merkmale oder Erfoderniſse der letztern gemein. Der generische oder specifische Unterschied zwischen beiden besteht daher, (abgesehen davon, daß im

7) Mittermaier, zu Feuerbach, §. 94. not. IV. S. 163. Herrmann, zur Beurth. des sächs. Entw. S. 116. Mittermaier, im Arch. des C. R. 1836. S. 339. Schüler, Beiträge, S. 46.

1) Nullum crimen sine lege, oben §. 171. l. 14. §. 14. d. relig. 11, 7. l. 3. §. 4. de sepulcro. 47, 12. — P. G. O. Art. 104. 105. — S. C. G. B. Art. 1. — Code pénal, Art. 1—4. A. L. R. f. die Preuß. St. II. 20. §. 9. Oesterr. Einl. §. VI. Baierſch. St. G. B. Art. 1. Württemb. Art. 1. — l. 131. d. V. S. 50, 16.: „Poena non irrogatur, nisi quaque lege (vel alio iure) imposita est." Verf. Urk. v. 4. Septb. 1831. §. 51. „Niemand darf ohne gesetzlichen Grund bestraft werden."

Digitized by Google

Strafrechte stets das öffentliche Recht des Staats, das objective Recht, nicht nur das subjective Privatrecht einer Privatperson verletzt sein muß), nur in der Strafbarkeit der Rechtsverletzung nach einem Strafgesetze. Je nachdem man nun Strafe im weitern oder engern Sinne versteht, modificirt sich auch der Begriff des Verbrechens (§. 187. 148. und 180.) Im engsten Sinne ist das Verbrechen[2]) die durch ein Strafgesetz mit öffentlicher[2]) Strafe belegte Verletzung einer Rechtspflicht.[2])

§. 220.

Andrer Erklärungen von Verbrechen.

Das Verbrechen wird definirt 1) von Feuerbach: „eine unter einem Strafgesetze enthaltene Beleidigung" oder „eine durch ein Strafgesetz bedrohte, dem Rechte eines Andern widersprechende Handlung." 2) von Bauer: „eine strafgesetzwidrige Handlung." 3) von Heffter: „jedes schuldhafte, (auf Selbstbestimmung beruhende), Handeln eines Menschen wider gemeinheitliche Rechtsanfoderungen eines Staats, welches nach dem in dem letztern gültigen Rechte eine Strafe gegen den Handelnden begründet." 4) von Marezoll: „widerrechtliche, wegen ihrer Gemeingefährlichkeit (?) mit öffentlichen Strafen bedrohte Handlung." 5) von Abegg: „der Bruch des Rechts, die Uebertretung des Strafgesetzes durch ein zuzurechnendes schuldhaftes Benehmen, welches die Nothwendigkeit der Strafe herbeiführt." 6) Luden, (auch positivrechtlich): „jede Verletzung des objectiven Rechts."

§. 221.

Name des Verbrechens. 1) Teutscher.

Seiner Etymologie nach (von „Brechen") bedeutet Verbrechen jeden Bruch eines jeden Gesetzes oder Rechts. Daher die Ausdrücke „hohe und kleine Brüche, Ehebruch, Landfriedensbruch" u. s. w. Im S. C. G. B. heißt es Art. 1.: „eine Handlung oder Unterlassung, welche in den Bestimmungen des C. G. B. den Worten oder dem Sinne nach mit Strafe bedroht ist," sonst aber noch Verbrechen (Art. 2. 3. 4. 5. 14. 26. 26. u. s. w.), Vergehung (Art. 12. 77. 154.), Vergehen, (Art. 16.), gesetzwidrige Handlung, (Art. 25. 26. 31. 27. 66., Art. 67. 72. 75.), verbrecherische That, (Art. 26. 37.), verbrecherische Handlung, (Art. 28. 33.), verbrecherisches

2) l. 3. d. del. priv. 47, 1. l. 17. §. 18. d. aedil. ed. 21, 1.

Digitized by Google

Unternehmen, (Art. 28.), ſtrafbare That, (Art. 36. 39), ſtrafbare Handlung, (Art. 38.), oft blos That oder Handlung, (Art. 42. 62. 67. 68. 69. 70. 78.), endlich auch Rechtsverletzung, (ſ. oben §. 167.) und widerrechtliche Handlung, (Art. 170. 326.) In ältern ſächſiſchen und teutſchen Geſetzen heißt das Verbrechen auch „Miſſethat, Sünde, Laſter, Mißhandlung."

§. 222.

2) Römiſcher.

Der allgemeine Ausdruck für Verbrechen war bei den Römern delictum, auch commissum, admissum, offensa, maleficium, noxa, noxia. Daſſelbe bedeutete im Allgemeinen crimen.[1]) Daher reden die Geſetze von criminibus (wie von delictis) privatis, extraordinariis und publicis.[2]) Im engern Sinne aber bedeutet crimen nur ein öffentliches Verbrechen (delictum publicum) deſſen Weſen öffentliche Anklage (accusatio), auf öffentliche Strafe bildet, ohne daß jedoch immer ein jeder Bürger ein Recht dazu hatte. Außerdem bedeutet aber crimen auch die Anklage oder die Criminal-Unterſuchung.[3])

§. 223.

Eintheilungen des Verbrechens. 1) Verbrechen und Vergehen.

Zwar braucht auch das S. C. G. B. Art. 12. 16. und 77. 78. (und einige andere Geſetze nach ihm[1]) (das Wort Vergehen, Vergehung (Contravention) nur von leichtern und geringern Vergehen der Vagabunden und Bettler (Art. 12.) oder ſolchen, die mit Verweis beſtraft werden (16), oder ſolchen, die nicht von Amtswegen, ſondern nur auf den Antrag einer dabei betheiligten Perſon oder Behörde zur Unterſuchung gezogen werden (Art. 77. 78. 154.) und zwar in Art. 154. von der Entführung niedern Grades (Art. 149. 150. 152. 155.), ferner die Verordnung, die Publication des C. G. B. betr. v. 30. Mz. 1838. §. I., beide Worte: „Verbrechen oder Vergehungen" nebeneinander und cumulativ (hier wohl abſichtlich, ſ. §. 398.). Dennoch dürfte ſich hieraus eine Eintheilung der Verbrechen in Vergehen und Verbrechen im engern

1) c. 19. d. poen. 9, 47. c. 1. si adv. del. 2, 55.
2) l. 3. ad Sc. Turpill. 48, 16. l. 1. §. 3. d. poen. 48, 19.
3) Birnbaum, im A. d. C. R. Neue Folge, II. Bd. nr. 13. und im N. Arch. d. C. R. VIII. Bd. nr. 14. u. 22. Bd. IX. nr. 16.

1) B. v. 27. Apr. 1838. §. V. (S. 376.) v. 31. Juli 1839. §. I. II. a. b. c. d. e. (S. 203.).

Digitized by Google

Sinne kaum rechtfertigen lassen, schon deßwegen, weil in Art. 76. das Wort „Vergehen" allgemein für „Verbrechen" gebraucht ist. Auch die Quellen des gemeinen Rechts kennen diese Eintheilung in Verbrechen und Vergehen nicht (s. jedoch unten §. 238.). Nach dem Sprachgebrauche bezieht sie sich blos auf die Größe der Verbrechen oder vielmehr der positiven Strafe. Feuerbach und Salchow[2]) lassen sie zusammenfallen mit der Eintheilung in Rechts- und Polizei-Verbrechen. Allein mit Unrecht. Denn manche Polizeiverbrechen sind mit den höchsten Strafen bedroht, z. B. Incest. Andere, z. B. Grolmann[3]) und Kleinschrod[4]) nehmen sie für gleichbedeutend mit der Eintheilung in peinliche und nicht peinliche Verbrechen. Welcker[5]) bestimmt die Eintheilung unmittelbar nach der Größe des durch das Verbrechen bewiesenen rechtswidrigen Willens; Tittmann[6]) (und Böhmer) darnach, ob jenes angeborne oder erworbene Rechte verletzt — gewiß gegen den Sprachgebrauch und die Natur der Sache.

§. 224.

Größere und geringere Vergehen.

Der Grundsatz: „omnia delicta paria esse" ist eben so falsch, wie die Behauptung, es gäbe keine Grade oder Abstufungen der Krummheit von Linien oder Wegen. — Für geringere Vergehen kommt in den Reichsgesetzen[1]) der Ausdruck „Begünstigung" vor. Der Ausdruck delicta maiora und atrociora in den Pandecten bezieht sich auf alle öffentlichen[2]) Verbrechen (crimina). Der Ausdruck „crimina leviora" hat auch keine bestimmte Grenze, und bezeichnet etwa „Disciplinarsachen".[3]) — Die Glossatoren und ältern Criminalisten hatten die Eintheilung in delicta levia, gravia, atrocia, atrociora, atrocissima. Bei Diebstählen unterscheidet die P. G. O. Art. 160. große und kleine;[4]) sonst aber

2) Darstell. d. Lehre von Strafe und Verbr. B. I. §. 11.
3) Grundss. §. 27. not. a. S. 42.
4) Syst. Entw. B. I. §. 8. u. dagegen §. 5—7.
5) letzte Gründe v. R. St. u. Str. S. 185.
6) Hdb. d. St. R. W. §. 34. — Dagegen Martin, Lb. §. 67. not. 2. S. 149. §. 14. not. 3. 7. S. 31.

1) Reichsschl. weg. d. Handwerksmißbr. v. 16. Aug. 1751. §. 2.
2) l. 5. §. 2. d. poen. 48, 19. l. 37. §. 1. d. minor. 4, 4. Paul. Sent. rec. I. 9. §. 1.
3) l. 6. d. accusat. 48, 2. l. 9. §. 3. d. off. proc. 1, 16.
4) Eben so const. Sax. elect. IV. 32. Fernerw. Instr. v. 27. Mai 1783. §. 3. (2. F. I. 463.) Rescr. v. 27. Mai 1783. (ebd.) v. 17. Febr. 1721. (3 F. I. 186.)

Digitized by Google

allgemein in Art. 138. 158. 167. noch peinlich und bürgerlich zu strafende Fälle; ferner der Sachsenspiegel (II. 13.) Ungerichte, die an Hals und Hand oder zu Haut und Haar gehen, (darunter „Hauptwrogen, Hauptwände", s. §. 238.) von denen, welche nur auf Buße gingen;[5]) das ältere sächsische Recht (§. 238.) hohe und kleine Brüche;[6]) peinliche Verbrechen, die Leibes- oder Lebens- oder eine andere, der Leibesstrafe gleich zu achtende Strafe nach sich ziehen, von andern;[7]) geringfügige von nicht geringfügigen;[8]) furtum maximum, magnum und parvum; ferner Verbrechen der II. und III. Classe[9]) nach der Größe der Gefahr für die öffentliche Ruhe und Sicherheit u. s. w. S. besonders §. 230 u. 228. — Wegen der Eintheilung in peinliche, Capital- und bürgerliche Verbrechen s. Allg. C. R. f. d. Preuß. St. II. 17. §. 19. f. A. Ger. O. I. 35. Abschn. 2. Oesterr. G. B. Einl. §. 1. f. u. Th. I. §. 211. Th. II. §. 276. Code pén. Art. 1. 7. 9. 464—470. Baiersch. St. G. B. Art. 2. 3.

§. 225.

Verbrechen und Vergehen in neuern Strafgesetzbüchern.

Im Baierschen Strafgesetzbuche Art. 2. ist der Unterschied zwischen Verbrechen und Vergehen (§. 223. und Polizei-Uebertretungen) so wie zwischen Verbrechens- und Vergehensstrafen genau durchgeführt. Im französischen Rechte[1]) (Code pénal 6. 5. 464.) urtheilen über crimes (mit Leibes- oder entehrenden Strafen bedroht) die Assisenhöfe mit Geschwornengerichten; über delits (de police correctionelle mit Gefängniß von 5 Tagen bis zu 5 Jahren oder mit Geldbußen über 15 Francs belegt) die correctionellen Gerichtshöfe. Eine dritte Art sind die contraventions de simple police, Polizei-Uebertretungen, (§. 226.). In den neuern Strafgesetzbüchern (Württembergs, Hannovers, Braunschweigs) und Entwürfen (Badens und Hessens) ist die Eintheilung in Verbrechen und Vergehen nicht beobachtet.[2])

5) Glosse zu Weichbild Art. 89. Schwabenspr. 19. 104. 112. 324. §. 2.
6) Const. v. 1506. Ausschr. v. 12. Nov. 1550. L. O. v. 1555. (C. A. I. 81. 32. 46. 49. 1043. 1044.
7) Gener. v. 30. Apr. 1783. §. 1. 13.
8) Ges. v. 30. März 1838. §. 1. II. VII. VIII. XI. — ferner Ta.-O. v. 26. Novbr. 1840. Tit. 2. (S. 386.)
9) Besch. d. Dicast. ad §. 3—7. d. Instr. v. 1770. (2 F. I. 470.)

1) Chauveau et Hellie, théorie du Code pénal, I. p. 30.
2) Hepp, Commentar, I. S. 70. 81. — Arch. d. C. R. Neue Folge, 1838. S. 105.

§. 226.

Rechts- und Polizei-Verbrechen.

Abstrahirt man davon, daß ein jedes Verbrechen eine Verletzung eines Rechts der Staatsgewalt oder einer Rechtspflicht gegen den Staat ist, (§. 165.), so sind Rechts-Verbrechen solche, welche ein Privat-Recht einer Person, auch einer juristischen, z. B. der Staatsgewalt oder eines Menschen als solchen überhaupt und als privaten, Polizei-Verbrechen solche, welche ein Privat-Recht einer Person nicht, sondern nur ein öffentliches der Staatsgewalt als solcher, die öffentliche Sicherheit, Staats- und Rechts-Ordnung, Religiosität und die Sittlichkeit (ein Polizeigesetz) verletzen oder gefährden. Dergleichen sind auch im S. C. G. B. enthalten; z. B. in Art. 111. (Auflehnung Gewerbtreibender gegen obrigkeitliche Anordnungen) Art. 117. (Eigenmächtige Versammlungen der Gemeinden und Handwerksinnungen) Art. 144. (Selbstverstümmelung); Art. 125. (Tödtung eines Einwilligenden) im VIII. Capitel (Verletzungen der Ehrerbietung gegen die Religion Art. 183—193.) und im XVI. Capitel (Verletzungen der Sittlichkeit Art. 302—310.) in Art. 267. (Anmaaßung öffentlicher Dienste) in Art. 293—361. (Wucher); endlich die unterlassene Verhinderung oder Anzeige von Verbrechen (Art. 39. 40. 41. 86. des S. C. G. B.), Abtreibung der Leibesfrucht (Art. 128. 129.), Tödtung (oder Unfruchtbarmachung) eines Einwilligenden (Art. 125. 144.). Hiergegen ist Luden.[1]) Jene Rechts-Verbrechen heißen unmittelbar bürgerliche, von Feuerbach schlechthin Verbrechen im engern Sinne und im Italienischen „delitto di pena d'alto Criminale", die Polizei-Verbrechen werden von Feuerbach „Vergehen" schlechthin —, delitto di pena correzionale, del di pena polizia — genannt. — Zu Rechtsverbrechen gehören auch die Verletzungen der ehelichen Treue (Art. 211—222.), ferner delicta propria (§. 235.). Es läßt sich nicht begreifen, wie Luden[1]) die in jenen und diesen liegende Verletzung eines subjectiven Rechts und einer Rechts-, bezüglich Amtspflicht verkennen konnte. Zu diesen Rechtsverbrechen gehören auch diejenigen, welche unmittelbar gegen solche Rechte des Staats oder der Staatsgewalt gerichtet sind, welche sie, als Person überhaupt, wie jede andere, auch juristische Privatperson, nicht blos in Hinsicht auf ihre Eigenschaft als Staatsgewalt hat, z. B. Recht auf Dasein, Wirksamkeit, Selbstständigkeit, Frei-

1) Abh. aus d. g. d. Strafr. II. Ueber d. Thatbestand, S. 180. ff.

Digitized by Google

heit, Verfassung, Ehre u. s. w. Dergleichen Verbrechen correspondiren fast alle mit gleichen, gegen Privatpersonen begangen; nur daß jene qualificirte sind und doch theilweise einen andern besondern Thatbestand haben, weil sie gegen den Staat oder die Staatsgewalt gerichtet sind. Dergleichen — unmittelbar bestimmte, mit denen gegen Privatpersonen correspondirende und gleiche Rechte der Staatsgewalt verletzende Rechtsverbrechen sind: Hochverrath, Staatsverrath und alle die Sicherheit, Verfassung, das Dasein, die Freiheit u. s. w. des Staats unmittelbar gefährdende Handlungen (S. C. G. B. II. Theil I. Cap. Art. 81—96. III. Cap. Art. 105—110. 112—116. verglichen mit den correspondirenden Verbrechen wider das Leben (IV. Cap. Art. 120—131.) die Gesundheit (V. Cap. Art. 132—143.) mit den Verletzungen der persönlichen Freiheit, (VI. Cap. Art. 145—170.) mit gemeingefährlichen Handlungen, (VII. Cap. Art. 171—182.)), ferner die Beleidigungen der Person des Staatsoberhaupts und seiner Familie (II. Cap. Art. 97—104. so wie auswärtiger Regenten und Gesandten (Art. 89—92.) verglichen mit Art. 168. 170. und den Verletzungen der Ehre (VII. Cap. Art. 194—203.).

§. 227.

Rechts- und Gesetzes-Verbrechen.

Mit dieser (§. 226.) Eintheilung übereinstimmend ist Ludens Eintheilung der Verbrechen in Rechts- und Gesetzes-Verbrechen. „Jene enthalten eine Verletzung des objectiven Rechts, weil sie auf eine Verletzung subjectiver Rechte gerichtet sind. Die Gesetzes-Verbrechen enthalten eine Verletzung des objectiven Rechts, weil die Verletzung eines Verbots durch dieselben begangen wird." Allein einen besondern praktischen Nutzen oder Einfluß dieser Eintheilungen hat Luden nicht nachgewiesen, sondern höchstens einen philosophischen Werth zur Erklärung der höchsten und letzten Gründe der Strafgesetze, der Verbrechen und ihrer Strafbarkeit. Allein auch diese Darstellung Ludens enthält eine Menge von Widersprüchen und Irrthümern. — Zuvörderst ist es gewiß, daß auch durch Rechtsverbrechen die Verletzung eines Verbots begangen wird, ja, daß auch diese eben deßhalb eine Verletzung des objectiven Rechts, und eine solche ohne ein Verbot und dessen Verletzung nicht enthalten, daß mithin Ludens fragliche Eintheilung der Verbrechen zusammenfällt. Auch die Rechtsverbrechen sind stets Gesetzesverbrechen. Sodann aber können die Gesetzesverbrechen nicht nur in Verletzung eines Verbots, sondern auch eines Gebots bestehen.

Digitized by Google

Wenn ferner Luden S. 167. 125. sagt, „die Verletzung des objectiven Rechts sei der nächste Grund der Strafbarkeit aller, also auch der Gesetzes-Verbrechen", so widerspricht er seiner Behauptung S. 173., „der nächste Grund der Strafbarkeit der Gesetzes-Verbrechen sei die Begehung der verbotenen Handlung." Wenn er ferner ebendaselbst sagt, der entferntere und eigentliche Grund der Strafbarkeit falle mit dem nächsten bei den Gesetzesverbrechen zusammen, so giebt es bei diesen eben nur einen, aber weder einen entfernten noch nächsten Grund. Auch deßhalb entbehrt die ganze Eintheilung eines richtigen Grundes. Denn die eine Art der Verbrechen, die Gesetzesverbrechen, enthält keine specifische Differenz von der Gattung, den Verbrechen überhaupt, und nur die andre Art, die Rechtsverbrechen, enthält eine solche. Jene und diese sind daher keine gleichen Eintheilungsglieder. Wenn ferner bei den Gesetzesverbrechen der nächste Grund ihrer Strafbarkeit — die Verletzung des objectiven Rechts — mit dem entfernten — Begehung der verbotenen Handlung — in einen zusammenfällt, und wenn in dieser letztern jene zugleich mit liegt und enthalten ist, so enthält Ludens obige Erklärung der Gesetzesverbrechen einen Zirkel, eine Tautologie im Definiren. Ferner sagt Luden S. 83. „der Grund der Strafbarkeit muß schon vor ihr selbst vorhanden gewesen sein" —, „die Handlung kann nicht deßhalb strafbar sein, weil der Gesetzgeber in einem Strafgesetze ihre Strafbarkeit ausgesprochen hatte," S. 131. „Auch von dem positiven Standpunkte aus bildet jede Verletzung des objectiven Rechts (schon allein) ein Verbrechen." S. 171. aber sagt er im directen Widerspruche: „Der Grund der Gesetzesverbrechen kann nur darin liegen, daß es positiv verboten war, diese Handlungen zu begehen", ferner: „diese Handlungen würden nicht Verbrechen sein (!!), wenn sie nicht verboten wären," „ohne das Verbot würde dieselbe Handlung nicht für ein Verbrechen angesehen werden können." Hier hält also Luden die Strafgesetzwidrigkeit, die Strafbarkeit für ein wesentliches Erforderniß eines Verbrechens, vorher (§. 218.) aber nicht. — Derselbe giebt als (praktischen?) Unterschied zwischen Rechts- und Gesetzes-Verbrechen an: Bei jenen sei das objective Dasein des zu verletzenden Rechts eben so wenig erforderlich als die Möglichkeit der vollendeten Rechtsverletzung, bei diesen dagegen das objective Dasein eines Verbots, die wirklich vollendete Uebertretung eines Gebots so wie die Möglichkeit der Vollendung der verbotenen Handlung durch die von dem Thäter

Digitized by Google

vorgenommene Handlung schlechterdings nothwendig. Allein auch bei den Rechtsverbrechen ist das objective Dasein eines positiven (Straf-) Gesetzes schlechterdings nothwendig. Auch bei diesen kann ohne letzteres von einem Versuche gar keine Rede sein. Auch bei Rechtsverbrechen muß aus ihrer äußern Erscheinung die wirklich vollendete Uebertretung eines Verbots oder Strafgesetzes erkannt werden können. Denn sonst liegt eine bloße vorbereitende Handlung vor. Natürlich wird aber auch durch den bloßen Versuch eines Rechtsverbrechens das Strafgesetz bereits vollkommen übertreten. Auch der bloße Versuch ist bereits eine (vollendete) Uebertretung des Gesetzes. Wäre er es nicht, würde durch den Versuch das Strafgesetz noch nicht übertreten, so könnte er auch nicht strafbar sein. Nur der äußerste mögliche Erfolg ist bei dem Versuche noch nicht vorhanden, sondern nur bei dem vollendeten Verbrechen. Aber auch das läßt sich bezweifeln, ob entweder blos bei Rechtsverbrechen die Möglichkeit der Vollendung und nicht vielmehr auch bei Gesetzesverbrechen nicht, oder ob sie zu jenen eben so gut als zu den letztern erfoderlich sei. Wenigstens machen die hierher gehörigen Art. 26. und 27. des S. C. G. keinen Unterschied zwischen den Rechts- und den auch in ihm (§. 226.) vorkommenden Polizei- oder Gesetzes-Verbrechen.

§. 228.

Criminal- und Polizei-Verbrechen.

Verschieden hiervon (§. 226.) ist die Eintheilung der Verbrechen in Criminal- (Justiz-) und Polizei-Verbrechen. Jene werden von Justizbehörden, Criminal-Gerichten, letztere von Verwaltungs- und Polizei-Behörden untersucht und jene mit peinlichen (Criminal- oder öffentlichen, vorzüglich mit Leibes- und Lebens-) diese mit nicht peinlichen, (Polizei-bürgerlichen, Ordnungs-Disciplinar-) Strafen (§. 224. und besonders §. 238.) bestraft. Jene bilden — mindestens bei den im C. G. B. stehenden — die Regel, diese die Ausnahme. „Die Untersuchung und Bestrafung großer und kleiner Verbrechen (§. 223.) gehört vor die Justizbehörden, die Untersuchung und Bestrafung der Handlungen oder Unterlassungen gegen Polizei- und andere Verwaltungsgesetze (auch die Untersuchung unerlaubter Spiele, des Lotto,[1]) des Bettelns, Vagabondirens,[2]) ferner von Ruhestörungen, Excessen[3])

1) Ges. v. 7. Decbr. 1837. §. 18. (S. 130.)
2) Armen-O. v. 22. Octbr. 1840. §. 94—128. (S. 276.)
3) V. v. 31. Juli 1839. §. II. c. §. III. IV. (203.)

Digitized by Google

(C. G. B. Art. 105, 132, 2b. 3, 4. 5.) der Vernachlässigungen der Kinder durch Aeltern (C. G. B. Art. 132, 1. 2.) der Medicinalpolizeivergehen an sich legitimirter Personen (C. G. B. Art. 167.), unbefugten Arzneiverkaufs und Excesses in der an sich erlaubten Benutzung der Thiere[3]) aber vor die Verwaltungsbehörden. Besteht in solchen Sachen die Strafe nicht blos in Gelde oder in der Confiscation eines Gegenstandes oder in körperlicher Züchtigung oder übersteigt die ordentliche Strafe, wenn sie stattfände, acht Wochen Gefängniß, so hört die Zuständigkeit der Verwaltungsbehörden auf und die der Justizbehörden tritt ein. Ist jedoch in einem Gesetze auf die Uebertretung eines Polizei- oder andern Verwaltungsgesetzes Geldstrafe und nur für den Fall des Unvermögens Gefängniß festgesetzt, so gehört die Untersuchung und Bestrafung vor die Verwaltungsbehörden, wenn auch die subsidiarisch bestimmte Gefängnißstrafe länger als acht Wochen dauert."[4]) Im Allgemeinen soll jedoch der Umfang des C. G. B. zugleich und ohne Rücksicht auf die Größe der Strafe die Grenzlinie zwischen der Strafgewalt der Justiz- und Verwaltungsbehörden bilden.[5]) Rücksichtlich der im C. G. B. stehenden Verbrechen (s. not. 3. u. §. 411.) sind Polizeibehörden daher nur zuständig bei dem im Art. 250. bezeichneten Verbrechen der Fälschung an Reisepässen, Wanderbüchern, Dienst- Geburts- oder andern Zeugnissen nur zu dem Zwecke eines erleichterten Fort- und Unterkommens, wenn es zum ersten Male verübt und von der Polizeibehörde entdeckt wird,[6]) und die Dienstbehörden bei den in Cap. XVII. des bes. Theils des C. G. B. gedachten Vergehungen der Staatsdiener, wenn sie nur mit Geldstrafe oder einer die Dauer von acht Wochen nicht übersteigenden Gefängnißstrafe bedroht sind.[7]) Zu den Polizeiverbrechen sind wohl auch Zoll- und Steuer-Defraudationen zu rechnen. — Die Frage, ob der allgemeine Theil des C. G. B. auch auf Polizei- (Zoll- u. s. w.) Verbrechen anwendbar sei, ist — in der Regel — zu bejahen.[8])

---

4) Ges. A. v. 28. Janr. 1835. §. 13. 20. 21. 22. (S. 58.) B. v. 28. Mrz. 1835. §. 3. (S. 212.) u. die not. 1. u. 2. angef. Gesetze.

5) Verordn. d. Publ. d. C. G. B. betr. v. 30. März 1838. §. II. c. (S. 110) Motiven, Landt. Act. I. Abth. I. Bd. S. 96.

6) B. v. 31. Juli 1839. (S. 203.) §. IV. s. not. 2.

7) B. v. 27. April 1838. §. V. (S. 376.) — Ueber d. gem. Recht Martin, Lb. d. C. R. §. 21. a. E. u. §. 258. Lb. d. Criminal-Proc. 4. Ausg. §. 18. S. 40. ff.

8) Mitth. S. 4145. u. 1784.

Digitized by Google

§. 229.

Polizeistrafgesetzbücher

sind 1) Code pénal, im IV. Buche („contraventions") 2) das Oesterreichische P.st.g.b. über schwere Polizeiübertretungen; 3) allgemeine Polizeistrafordnung für Basel-Stadt v. 18. Mai 1837., (eigentlich eine bloße Sammlung von Polizeistrafgesetzen); 4) Luzerner P.st.g.b. v. 30. März 1836. (II. Theil des Strafgesetzbuchs); 5) Württemberg'sches P.st.g.b. v. 2. Octbr. 1839. (aus 108. §.§.); 6) das englische Gesetz über Verbesserung der Polizei v. 17. Aug. 1839.; 7) der Baiersche Entwurf von 1822., als II. Theil eines Strafgesetzbuchs, eine Nachbildung des Oesterreich'schen.

§. 230.

Staats- und Privatverbrechen.

Eigentlich sind alle Verbrechen öffentliche oder Staats-Verbrechen. (§. 226. 168.) Abstrahirt man jedoch hiervon, so sind Staatsverbrechen solche, welche unmittelbar und direct gegen den Staat oder die Staatsgewalt gerichtet, deren Rechte unmittelbar verletzen; Privatverbrechen alle andern, welche unmittelbar ein Privat-Recht verletzen. Martin[1]) sagt: „Verbrechen, welche nicht allein mittelbar den Staatszweck durch Verletzung der Zwangspflichten gegen einzelne Staatsglieder, sondern sogar unmittelbar stören, indem ihr eigentlicher Gegenstand in einem Rechte besteht, welches dem Staate als solchem selbst, als einer juristischen (moralischen) Person zukommt, (§. 162.) und wogegen der Thäter sich pflichtwidrig beträgt, werden Staatsverbrechen im weitern Sinne genannt. Verbrechen wider die Staatsverfassung oder Staatsverbrechen im engern Sinne sind die, welche das Dasein und Fortbestehen, mithin die Verfassung des Staats verletzen. Verbrechen gegen die Staatsverwaltung (von Feuerbach Regierungs-Verbrechen genannt) sind die, wodurch nur die Ausübung der Staatsgewalt in ihren einzelnen Zweigen gestört wird. Zu jenen rechnet Martin den Hochverrath, Landfriedensbruch und den Landzwang (S. C. G. B. Art. 81—89.), zu den letztern das eigentliche Majestäts-Verbrechen (S. C. G. B. besondrer Theil, II. Cap. Art. 97. 100.), die Verletzung der Amts-Ehre, die Amtsverbrechen der Staatsdiener (S. C. G. B. XVII. Cap. Art. 311—320.) und die gemeinen Verbrechen wider einzelne bestimmte Staatsverwaltungszweige oder wider die Vollziehungs-, richterliche,

1) Lb. §. 201—287. S. 482. ff.

Digitized by Google

Finanz-, Kriegs- und Polizei-Gewalt, (z. B. S. C. G. B. Art. 38. 39. III. Cap., Art. 105—118. Art. 268—272. 204—210. Art. 144. Art. 93. 239. 293—301., 183—193. Art. 302—310.) Martin zählt also die Polizeivergehen zu den Staatsverbrechen, macht die Eintheilung in Privat- und Staatsverbrechen zur Haupt-Eintheilung und sagt §. 68. S. 151.: „Wenn gleich durch jedes Verbrechen stets auch das Recht des Staats auf Gehorsam gegen seine Strafgesetze verletzt wird, so werden doch durch einige Verbrechen noch andere Rechte desselben Staats unmittelbar verletzt, da die übrigen hingegen zunächst nur einzelne Staatsglieder in ihren vollkommenen Befugnissen kränken." Außer diesen Staats- und Privat-Verbrechen nimmt aber Martin noch ein drittes Glied von gemischten (oder vagen) Staats- und Privat-Verbrechen an. Eben so macht Henke jene Eintheilung auch zur Haupteintheilung, nimmt aber ebenfalls noch ein drittes Glied von Verbrechen gegen das Gemeinwesen an. Dieselbe Eintheilung in Staats- und Privat-Verbrechen befolgt Grolmann und Henke als Abtheilung aller Rechts-Verbrechen, denen sie die Polizei-Verbrechen entgegensetzen; Feuerbach aber nimmt sie blos als Unterabtheilung der determinirten (§. 233.) Rechtsverbrechen.[2]) In den neuern Strafgesetzbüchern kommt die ganze Eintheilung[3]) nicht vor, außer in dem Württemberg'schen Art. 140—245.[4]) S. oben §. 168. Völkerrechtliche Verbrechen giebt es nicht,[5]) wohl aber Verletzungen des Völkerrechts, z. B. Seeräuberei.

§. 231.

Unterlassungsverbrechen.

Je nachdem die durch ein Verbrechen verletzte Rechtspflicht (§. 41.) positiv oder negativ ist, unterscheidet man Begehungs- und Unterlassungs-Verbrechen — (delicta commissionis und omissionis). Da die Rechtspflicht in der Regel nur negativ ist, so setzen Unterlassungsverbrechen stets einen besondern, positivrechtlichen Grund zur positiven Rechtspflicht voraus. Diese und dieser Rechtsgrund (nicht aber der Grund der Strafe, der Strafbar-

2) S. gegen diese Eintheilung besonders in Bezug auf das S. C. G. B. Mittermaier, i. Arch. d. C. R. N. Folge, 1836. S. 613.; allgemein Denselben, Ueb. d. neuesten Zustand der Strafgesetzgeb. S. 115. Wächter, Lb. II. Th. Vorrede, S. VII. Heffter, Lb. S. 217.

3) In der sächs. I. K. wurde sie beantragt, aber verworfen. — Mittheil. v. Landtage, 1836|37. S. 251 u. 274. ff. —

4) Hepp, Commentar, besonders Theil, S. 33. ff.

5) wie Bauer, Lb. §. 33. not. b. S. 61. meint.

Digitized by Google

keit und des Verbrechens) kann auch aus einem Vertrage, z. B. über Jemandes Ernährung (Art. 131.) entspringen. Hiergegen ist nicht der Grundsatz: „nulla poena, nullum crimen sine lege," wie Luden[1]) irrthümlich glaubt. (S. C. G. B. Art. 131. 127. 138. 217. 311. 321. 322.) Von diesem Falle verschieden ist der, wo Jemand wußte und wollte oder wissen und wollen mußte, daß die Unterlassung einer gewissen Thätigkeit den Eintritt eines bestimmten, schädlichen Erfolgs für einen Andern haben werde. Auch Unterlassungsverbrechen haben alle einzelnen wesentlichen Erfoderniſse einer Rechtshandlung sowohl (§. 49—72.) als einer Rechtsverletzung (§. 243. ff.) Auch zu Unterlassungsverbrechen gehört insbesondere eine körperliche und geistige Thätigkeit[1]) (§. 273.) Insbesondere ist bei Vertragsverhältnissen die bloße Nichterfüllung der Verbindlichkeit nicht der Rechts- sondern nur der thatsächliche Grund der Strafbarkeit. Zu dieser gehört mehr.[1]) Allein wenn Luden erfodert, daß die Unterlassung noch die Richtung auf eine andere Verletzung, z. B. die Unterlassung vertragsmäßiger Ernährung die Richtung auf Tödtung habe, so ist dieß falsch. (S. C. G. B. Art. 131. vergl. mit Art. 121.) Das hauptsächlichste Unterlassungsverbrechen ist im S. C. G. B. Art. 39. die unterlassene Verhinderung eines Verbrechens. Die allgemeine Strafbarkeit von Unterlassungen ist im Art. 1. mit ausgesprochen, nämlich von solchen, welche in den Bestimmungen des C. G. B. den Worten oder dem Sinne nach mit Strafe bedroht sind. Hierbei ist jedoch von Wichtigkeit, daß das S. C. G. B. unter einer „Handlung" stets, mindestens in der Regel, nur eine positive versteht (weil es) und daher das Wort „Unterlassung" stets dem der „Handlung" mit hinzufügt, wo und wenn auch diese mit betroffen werden soll. (Art. 1. 69. 127. 168. 166. 317. 320.) Wenigstens muß man aus diesem öftern ausdrücklichen Zusatze auf diesen beschränkten engern Sinn von Handlung schließen, weil sonst jener überall überflüssig, zweck- und nutzlos wäre und weil bei einem Gesetzgeber Consequenz und Bündigkeit im Ausdrucke bis zum Beweise des Gegentheils anzunehmen ist. Dieß um so mehr, als in allen jenen Art. das Wort „Unterlassung" bereits im Entwurfe derselben stand, mithin von der einen und einzigen Regierung herrührt. Wenigstens wird man jenen engern Sinn von Handlung in der Regel und

1) Luden, Abh. II. Th. Ueber d. Thatbestand 1840. S. 221. 227. 232. 221. 225. 227. 245. ff.

Unterlassungs-Verbrechen nur ausnahmsweise annehmen dürfen, bis zum Beweise des Gegentheils. Der weitere allgemeine Sinn von Handlung dagegen für auch negative Handlungen[2]) ist überall, besonders im allgemeinen Theile des C. G. B. anzunehmen, wo jenes Wort für Verbrechen überhaupt gebraucht, das Gesetz von allen Arten der Verbrechen und von allen, auch Unterlassungs-Verbrechen spricht und sprechen muß. Dieß ist der Fall in der Ueberschrift des III. Cap., Art. 25. 26. 27. 28. 29. 30. 31. 33. 35. 37. 38. 39. 41. 42. 48. 49. 62. 66. 67. 68. 70. 72. 75. 78., seltner im besondern Theile, z. B. 113. 170. 194. 197. 245. 320., 2. Abs. 326.; dagegen nicht in Art. 84. 88. 89. 99. 103. (vergl. mit Art. 198.) 94. 132., im Anf. u. nr. 5. 134. 191. 198. 204. 242. 256. 258. 261. 298. 309. Vergl. §. 11. not. 1. S. 7. §. 37. Anm. S. 26., vorz. §. 46. S. 32. §. 54. S. 40. §. 40. §. 62. S. 45. §. 70. S. 56.[3])

§. 232.

Gemeingefährliche Verbrechen.

Zwischen den Staats- und Privatverbrechen in der Mitte stehen die gemeingefährlichen Verbrechen, welche gegen keine bestimmte (physische oder moralische) Person gerichtet, sondern eine unbestimmte Menge unbestimmter Personen, das Publikum gefährden. (S. C. G. B. VII. Cap., Art. 171—182.) Die Deputat. der I. s. K. zu Art. 171. sagt:[1]) „Die in diesem Capitel erwähnten Verbrechen haben das Eigenthümliche, daß mit ihnen allemal eine Gefahr, deren Größe sich nicht bestimmen läßt, für Leben, Gesundheit oder Eigenthum verbunden ist. Es wird bei denselben bei der Begriffsbestimmung nichts auf den wirklich erfolgten Schaden gesetzt (?), sondern der Erfolg liegt in der eingetretenen Gefahr." Allein diese ganze Eintheilung des S. C. G. ist falsch.[2]) Denn consequent müßte es alle Verbrechen eintheilen in gemein- und

2) „Facere oportere et hanc significationem habet, ut abstineat quis ab eo facto." l. 189. d. V. S. 50, 16. — §. 7. d. V. O. 3, 16. l. 17. §. 10. d. aedil. ed. 21, 1. l. 121. d. R. J. 50, 17. Meine prakt. Abh. aus d. Priv. u. Proc. Rechte, Bautzen, 1841. XIII. S. 85. 87.

3) Im Römischen Rechte sind Unterlassungs-Verbrechen enthalten in l. 1. §. 31. ad SC. Silan. 29, 5. l. 44. §. 1. l. 45. pr. ad l. Aquill. 9, 2. l. 2. 3. 4. pr. l. 5. pr. l. 17. pr. d. noxal. act. 9, 4. l. 9. §. 1. ad l. Corn. d. fals. 48, 10. l. 6. §. 8. d. R. M. 49, 16. l. 14. a. C. d. off. praes. 1, 18. P. G. O. Art. 180. Spangenberg, im N. Arch. d. C. R. IV. Bd. S. 527., nr. 23. Heyp, ebd. Neue Folge, 1837. S. 30. f. Zachariä, Vom Versuche, I. S. 66. Luden, S. 468.

1) L. A. Beil. II. Abth. 1. Slg. S. 111. f.

2) Mittermaier, i. Arch. d C. R. Neue Folge, 1836. S. 614.

Digitized by Google

individuell-gefährliche. Allein der Gesetzgeber bestraft bei allen Verbrechen nur wegen des öffentlichen, gemeinen Interesses. Und warum sind grade die im Art. 171—182. angegebenen Verbrechen gemeingefährlich?

§. 233.

Bestimmte und unbestimmte Verbrechen.

Bestimmte, (einfache, determinirte) Verbrechen werden den unbestimmten, (vagen, indeterminirten, alternativen, vielfachen) Verbrechen entgegengesetzt. Letztere sind solche, die keinen im Allgemeinen, d. h. schon durch ihren Begriff bestimmten Gegenstand oder Erfolg haben, eine Eintheilung, die von Klein und Tittmann herrührt. Feuerbach[1]) theilt die obigen Verbrechen wieder ein in formale und materiale. Jene fodern zum Thatbestande weder einen bestimmten Gegenstand, noch einen bestimmten gesetzwidrigen Erfolg, noch einen gesetzlich bestimmten Zweck der Person, und werden blos durch die Form der Handlung selbst zur Uebertretung, (z. B. das Verbrechen der Gewalt, Landfriedensbruch, Fälschung und Betrug, u. s. w.) Diese fodern zwar einen bestimmten Gegenstand, aber die Verletzung selbst ist nicht bestimmt, sondern bald eine wirkliche Rechtsverletzung, bald nicht und selbst in jenem Falle die Verletzung verschiedener Rechte, z. B. Kinderaussetzung, Abtreibung der Leibesfrucht, Unfruchtbarmachung.[2]) Hierher gehört auch Martin's[3]) Eintheilung in gemischte Staats- und Privat-Verbrechen, (Ehebruch, Bigamie, Nothzucht, Entführung, Raub, Urfehdebruch, das Schelten eines Handwerks durch Gesellen, gewaltsame Störung des Gottesdienstes und Verrätherei), so wie in vage (schwankende) Privatverbrechen, (von Kleinschrod alternative, von Schröter formale genannt), z. B. alle gemeingefährlichen, Kindaussetzung, Gewaltthätigkeit, Fälschung. Endlich gehört hierher auch Abegg's Capitel von unbestimmten Verbrechen an der Persönlichkeit, z. B. Kindesabtreibung und Aussetzung.

§. 234.

Einfache und zusammengesetzte Verbrechen.

Letztere verletzen oder gefährden mehrere Rechte, z. B. Brandstiftung, Nothzucht, verschieden von der idealen Concurrenz mehrerer Verbrechen einer Handlung.

---

1) Lb. §. 386. S. 534. Mittermaier, zu §. 161. note, S. 233.
2) S. hiergegen Mittermaier, Ueb. d. Grundfehler d. Behandl. d. C. R. 1819. S. 31. Ueber den neuesten Zustand der C. G. g. 1825. S. 111. 113. Henke, Hdb. I. S. 31. Schröter, Hdb. S. 95.
3) Lb. §. 176. S. 419. §. 288. S. 703.

Digitized by Google

§. 235.

Gemeine und besondere Verbrechen.

Gemeine Verbrechen (del. communia) können von allen Staatsbürgern, besondere, (eigenthümliche, eigentlich bloße Disciplinar- oder Standes-Verbrechen, del. propria)[1] nur von einem gewissen Stande, (Militair-, Amts-Verbrechen der Geistlichen, Staatsdiener, Studirenden) oder Geschlechte, (z. B. Verheimlichung der Niederkunft) oder nur in besondern Verhältnissen (S. C. G. B. XVII. Capitel, Art. 311—326.) begangen werden. Verschieden hiervon sind noch die, die zwar von Allen, aber nur unter gewissen Umständen und mit gewissen Mitteln begangen werden können, z. B. Preß-, Zoll- und Steuer-Verbrechen.

§. 236.

Ausgezeichnete, qualificirte, privilegirte und regelwidrige Verbrechen.

In Hinsicht der gesetzlichen Bestimmungen sind die Verbrechen entweder einfache, gemeine, regelmäßige oder gesetzlich ausgezeichnete, privilegirte und qualificirte. Die letztern (species delictorum qualificatae, nicht del. qualificata) sind solche, denen das Gesetz eine härtere Strafe, privilegirte, denen das Gesetz eine gelindere, (z. B. Diebstahl und Veruntrauung von Victualien, Art. 238. und unter nahen Verwandten Art. 237. und 244.) als der Gattung droht. Das S. C. G. B. nennt Diebstähle (Art. 227—234.) und betrügerische Handlungen (Art. 247—255.) der erstern Art (qualificirte) ausgezeichnete. — Gesetzlich ausgezeichnete Verbrechen werden sonst genannt solche, welche nicht nach den bestimmten Grundsätzen ihrer Gattung beurtheilt werden dürfen, sondern nach besondern, abweichenden Bestimmungen, insbesondere mit härtern oder gelindern Strafen belegt sind. Hierher gehört der Rückfall beim Diebstahle (S. C. G. B. Art. 240. verglichen mit Art. 58.), ferner die Wirkung des außergerichtlichen Geständnisses und Ersatzes bei Verbrechen gegen das Eigenthum, (Art. 65.). Die qualificirten Verbrechen haben einen besondern Thatbestand, die ausgezeichneten nicht. Der Grund der höhern Strafe liegt bei jenen in dem (qualificirten) Verbrechen selbst, bei diesen außerhalb desselben. Regelwidrige Verbrechen (delicta excepta) heißen die, für welche die Gesetze besondre, von den sonstigen allgemeinen Rechtsregeln abweichende

1) l. 2. 6. pr. d. R. M. 49, 16. Heutigen Tags wird der Begriff (zu) weit ausgedehnt, wie oben, ohne richtigen Eintheilungsgrund.

Digitized by Google

Bestimmungen geben, z. B. beim Hochverrathe in Betreff der Strafbarkeit der bloßen Vorbereitungshandlungen (Art. 84. vergl. mit Art. 29.) und die besondere Verpflichtung zur Anzeige (Art. 86. vergl. mit Art. 40.) — Je nachdem ferner die Strafen (und Strafgesetze) bestimmte oder unbestimmte sind, unterscheidet man ordentliche und außerordentliche oder willkührliche, (del. ordinaria s. extraordinaria s. arbitraria). Martin[1]) unterscheidet blos qualificirte Verbrechen, im Gegensatze zu den einfachen und nennt die regelwidrigen Verbrechen „ausgezeichnete". — Hierher gehört endlich auch die Eintheilung der Verbrechen in delicta, quae ex scriptura legis descendunt und solche, quae ad exemplum legis vindicanda sunt. (§. 171.)

§. 237.

Eintheilungen der Verbrechen in Hinsicht der Strafwürdigkeit.

Die strafwürdigen Handlungen oder die Verbrechen sind entweder unbedingt, absolut solche, d. h. schon ihrer Natur nach, in allen Staaten und zu allen Zeiten, z. B. Tödtung, Diebstahl; oder nur bedingt oder relativ solche, d. h. nur unter gewissen Verhältnissen des Ortes, der Zeit, Bildung eines Staats, z. B. stuprum, concubinatus, Versuch des Selbstmords, Thierquälerei, Wucher, ius liberos occidendi, exponendi, vendendi, noxae dandi, ambitus, Beleidigungen der Person des Staatsoberhauptes und seiner Familie, im II. Capitel des besondern Th. des S. G. B. (z. B. in Republiken), staatsgefährliche Handlungen (Art. 89—94.), Theilnahme an Verbindungen, Verbreitung aufreizender Schriften u. s. w. Hierher gehört auch die Eintheilung der Rechtsverletzungen in natürliche und positivrechtliche (s. oben §. 179.) so wie des Englischen Rechts in mala in se (offences against the Law of reason and nature) und mala prohibita (positive offences, crimes of human institution).

§. 238.

In Bezug auf die Strafbarkeit.

Außer den in §. 223. 224. 226. 236. 228. auf die Strafbarkeit der Verbrechen sich beziehenden Eintheilungen derselben gehören hierher noch: die in Capital- und Nichtcapital-Verbrechen. Zu jenen (res capitales) gehörten nach römischem Rechte diejenigen, „ex quibus damnato vel mors, vel civita-

1) Lb. §. 70. a. E. §. 71. not. 8. S. 157.

tis omissio vel servitus contingit", [1]) nach teutschem Rechte diejenigen, welche Todesstrafe oder den Verlust des Staatsbürgerrechts (bei der Acht und ewigen Landesverweisung), nach ältern und neuesten sächs. Rechte die, welche Todesstrafe nach sich ziehen. Ferner peinliche oder Criminal- und nichtpeinliche Verbrechen. (§. 224. u. 228.) Jene waren vor der Carolina, [2]) die an Hals und Hand (Tod und Verstümmelung, scheren und villen, (geißeln)) oder an Leib und Gesund, letztere, die blos an Haut und Haar gingen, nach der Carolina jene die, welche überhaupt mit einer öffentlichen Strafe — mit Ausnahme geringer Geld- und (14tägiger) [3]) Gefängnißstrafen belegt sind. [4]) Die ältern sächs. Gesetze rechnen zu den Criminalverbrechen die, welche mit Lebens- und harten Leibesstrafen, besonders Zuchthaus und Landesverweisung bedroht, vor besetzter Gerichtsbank zu untersuchen sind. [5]) Die Eintheilung in Ober- und Unter- oder Erbgerichtsfälle bezweckt die Grenzlinie zwischen Civil- und Criminalgerichtsbarkeit. (§. 224. not. 7. 8.) Von den neuern Strafgesetzbüchern unterscheidet der Code pénal zwischen crimes, delits und contraventions (oben §. 225.), das Baiersche St. G. B. zwischen Verbrechen, Vergehen und Polizei-Uebertretungen. (§. 225.) Jene werden mit peinlichen (Todes-, Ketten-, Zuchthaus-, Arbeitshaus-, Festungsstrafe und Dienstentsetzung), diese mit nicht peinlichen (körperliche Züchtigung, Gefängniß-, Geld-) Strafen belegt. Das Sächsische, Württembergische und Hannöversche St. G. B. unterscheidet weder zwischen peinlichen und nicht peinlichen Strafen noch zwischen den Verbrechen in dieser Beziehung. Nach dem Württembergischen St. G. B. heißt die geringste Freiheitsstrafe in ihm verpönter Handlungen Gefängniß, nach dem Polizeistrafgesetzbuch vom 2. Octbr. 1839. bei Polizeiübertretungen Arreststrafe. Der Badensche Entwurf unterscheidet §. 10—31. peinliche (Tod, Zuchthaus, Dienstentsetzung und die dauernde Entziehung gewisser Berechtigungen) und bürgerliche Strafen.

---

1) l. 2. l. 28. pr. §. 1. d. poen. 48, 19. l. 103. d. V. S. 50, 16. l. 2. d. publ. iud. 48, 1. §. 2. eod. 4, 18.

2) Glosse z. Weichbilde, Art. 69. Sachsenſp. I. Art. 2. 38. §. 1. Art. 65. II. Art. 13.

3) R. P. O. v. 1577.

4) Art. 22. 164. 105. 158.

5) Gener. v. 30. April 1783. §. 1. 8. (1. F. I. 451.) Reſcr. v. 4. Octbr. 1790. (2. F. I. 303.) Bef. v. 19. März 1798. (ebd. 529.)

Digitized by Google

§. 239.

In Bezug auf die Begehungsart

werden Verbrechen noch eingetheilt in manifesta und non manifesta, nocturna und diurna,[1] öffentliche (offne) und heimliche (P. G. O. Art. 158., jedoch nur bei Diebstählen), in handhafte oder nicht übernachtete und in übernachtete oder nicht handhafte,[2] (C. G. B. Art. 250.), in begonnene oder versuchte, (nach dem C. G. B. Art. 26. „unternommene" oder — Art. 29. — „angefangene", „versuchte" gen.) vollendete (im C. G. B. „beendigte", „vollendete" gen.) (del. inchoata, attentata und consummata. s. unten) und „Vorbereitungs"-, „vorbereitende" Handlungen (C. G. B. Art. 29. 30.), in einfache und zusammentreffende, ferner in fortgesetzte (del. continuata Art. 49.) und wiederholte (del. repetita, reiterata oder erneuerte, s. unten) (§. 173.) und endlich in fahrlässige und vorsätzliche; — Eintheilungen, die wie manche von denen in den vorhergehenden §. §., erst später erklärt werden können. Formale Verbrechen werden durch die bloße Form der Handlung, (z. B. Gewalt, Täuschung, falsum, Gewaltthätigkeit) materiale durch ihren Zweck, (z. B. Tödtung, Diebstahl) bestimmt. Allein der Zweck wird auch bei jenen berücksichtigt. (§. 217.).

§. 240.

Proceßrechtliche Eintheilungen

der Verbrechen sind in weltliche, (del. secularia) und geistliche (del. ecclesiastica), ferner in Ober- und Erbgerichtsfälle, peinliche und nicht peinliche, geringfügige und nicht geringfügige (§. 238. 224.), in verborgene (occulta) und gemeinkundige (notoria) in Bezug auf die Art der Herstellung der richterlichen Ueberzeugung von der Begehung eines einzelnen Verbrechens; und endlich in delicta facti transeuntis und perdurantis oder permanentis.

§. 241.

Oeffentliche und Privatverbrechen.

Aus dem römischen Rechte ist besonders wichtig die Eintheilung der Verbrechen in öffentliche (crimina, im eigentlichen engern Sinne, §. 222. oder delicta publica mit öffentlichen

1) l. 3—8. 34. 35. l. 52. §. 30. l. 88. d. furt. 47, 2. l. 1. vi bon. rapt. 47, 8. §. 3. d. O., q. ex del. 4, 1.

2) Sachsenspr. L. R. I. 57. 66, II. 35. Magdeburg. Weichbild. R. X. XIII. XIX. XXXII. XXXIII. LI. LXIV.

Strafen) und private, (del. privata), mit, an den Verletzten auf dessen Klage abzutragenden Privatstrafen. Diese bestanden nach römischem Rechte in Vermögensstrafen und zwar theils in Bezahlung einer meist nach der Größe des Schadens sich bestimmenden Summe,[1]) theils in Bezahlung einer Quota[2]) des Vermögens, theils in dem Verluste einzelner Sachen und Rechte.[3]) (§. 242. nr. 2—8.) Sie sind nach gemeinem Rechte praktisch.[4]) Je nachdem nun die Strafbarkeit in einer lex (judiciorum publicorum) oder nur erst später durch kaiserliche Constitutionen oder Gewohnheitsrecht (extra ordinem) anerkannt war, theilten sich die crimina (§. 222.) bei den Römern in a. ordinaria s. legitima[5]) oder iudicia publica, verschieden von dem allgemeinen Ausdrucke delicta publica, und b. extraordinaria.[6]) Die, besonders auch proceßrechtlichen Folgen dieser Eintheilung fielen im neuern römischen Rechte weg;[7]) doch blieb sie noch wichtig in Rücksicht auf Infamie[8]) und den Uebergang der Vermögensstrafen auf die Erben.[9]) — Die Privatverbrechen hießen auch schlechthin delicta. Zwischen den öffentlichen und Privatverbrechen mitten inne lagen die unerlaubten Handlungen, aus denen eine actio popularis entsprang.[10])

§. 242.

Nach Sächsischem Rechte.

Bis zum Anfang des 18. Jahrhunderts galten in Sachsen die Privatstrafen des Römischen Rechts; von da an nur die in Sächsischen Gesetzen[1]) bestätigten. Zu diesen gehörte z. B. Abbitte; aber namentlich: 1) die Sachsenbuße und das Wehrgeld, welche beiden auch h. T. bei der grundlosen Gefangenhaltung, dem Menschen-

1) §. 18. 19. 25. 26. d. A. 4, 6. §. 1. d. poen. tem. litig. 4, 16.
2) c. 11. d. repud. 5, 17.
3) §. 1. d. vi bon. rapt. 4, 2. l. 80. d. R. V. 6, 1. l. 10. §. 1. d. fideiuss. 46, 1. c. 2. 3. d. iur. emphyt. 4, 66. nov. 72. cap. 4.
4) auth. agricult. C. 8, 17 quae res pign. P. G. O. Art. 157. 158. Wächter, Lb. §. 110. not. 52. S. 197.
5) l. 3. §. 2. stellion. 47, 20. l. 1. d. publ. iud. 48, 1. l. 3. d. extraord. crim. 47, 11. l. 3. d. praevaric. 47, 15. §. 3. d. publ. iud. 4, 18.
6) l. 92. d. furtis. 47, 2.
7) l. 8. d. publ. iud. 48, 1.
8) l. 7. eod. 48, 1.
9) l. 20. d. accus. 48, 2.
10) D. 47, 25. d. popul. act.

1) C. P. O. Art. 16. §. 3. P. O. v. 1782. cap. 8. §. 4. cap. 5. §. 5. cap. 15. §. 8. — const. XXI. ined. Duell-Mand. v. 2. Juli 1712. §. 24. S. Meinen Codex Saxonic. I. Band., 1840. S. 411. f. u. S. 123.

Digitized by Google

raube (Art. 145. 155.) und bei dem Todtschlage praktisch sind.[2]) Die Abbitte und Ehrenerklärung dagegen ist durch das C. G. B. Art. 202.[3]) abgeschafft. 2) Das Schmerzengeld u. s. w. bei Körperverletzungen (Art. 140. ff. Mil.strafges.b. v. 5. Apr. 1838. §. 109. 111. und not. 1.), ferner 3) die Privatgenugthuung des Beleidigten bei Verletzungen der Ehre, (Art. 202.), 4) die Confiscation des Gewehrs bei Beeinträchtigung fremder Jagdgerechtigkeit zum Besten dessen, der den Contravenienten anhält[4]) in Art. 275.,[4]) ferner 5) der Verlust des Besitzes bei der Selbsthülfe Art. 204. zur Ergreifung des Besitzes unbeweglicher Sachen,[5]) 6) die „Strafe" des Duplums bei der Verwendung der Gelder Pflegbefohlner in eignen Nutzen durch den Vormund.[6]) (C. G. B. Art. 243.) 7) Bei dem wahrheitswidrigen Verschweigen (C. G. B. Art. 325) der Schuldverhältnisse eines Vormundes zu seinen Mündeln sollen die Gläubiger ihrer Foderung verlustig, die Schuldner aber ihre Schuldpost doppelt zu erlegen verbunden sein.[7]) (§. 241, not. 3.) Diese hier aufgezählten sind wirkliche Privatstrafen, werden jedoch nur selten in den Gesetzen Strafe, (s.oben, nr. 6.), sondern „Entschädigung" Art. 142., oder „Privatgenugthuung" genannt. Dennoch sind die bisher aufgezählten Verbrechen (1—7.) nicht reine Privat-Verbrechen, weil bei ihnen nicht blos eine Privat-, sondern auch noch eine öffentliche Strafe eintritt. 8) Reines Privatvergehen ist z. B. das wissentliche Abläugnen im Civilprocesse, mit der Strafe des Verlustes von Ausflüchten bei Eides-Antrage und Annahme, und des Dritttheils des Streitgegenstandes im Executiv-Processe; so wie auch außerdem das Abläugnen notorischer Thatsachen mit der Strafe von 5 Thlrn. Endlich gehören hierher die Privatstrafen des Ungehorsams im Civilprocesse, welche bald in Erstattung der Kosten, bald in dem Verluste einer Proceßhandlung, eines Rechts- oder Beweismittels bestehen.[7]) Ueber andre Privat-Ver-

2) Publ. P. v. 30. März 1838. §. 1. III. (S. 110.) Groß, Anmerk. z. C. G. B. I. S. 103. Motiven z. Art. 145. (137.) L. A. I. Abth., 1. Bd. S. 99. Beil. z. II. Abth. 1. Slg. S. 99.

3) Motiven, (L. A. I. Abth. 1. S. 101.) Beil. z. III. Abth. 1. Slg. S. 120. Groß, I. S. 154. Die actio iniuriarum aestimatoria ist in Sachsen bereits durch das Duell-Mandat v. 1712. abgeschafft.

4) Mand. v. 17. Septbr. 1810. §. 1. (3. F. I. S. 425.) und not. 2.

5) Mand. wider Tumult und Aufruhr. v. 18. Januar 1791. §. 1. (2. F. I. S. 990.) u. not. 2.

6) P. O. v. 10. Octbr. 1782. XII. §. 8. u. not. 2. u. cap. VIII. §. 4. (2. F. I. 396. Mein Cod. Sax. I. S. 111. u. 123.)

7) C. P. O. ad tit. 16. §. 2. ad tit. 15. §. 2. Anh. z. C. P. O. §. 4. A. P. O. tit. 38. §. 1. S. überh. Biener, Syst. proc. §. 50. 53, 3. 76. 87. 116, 6. 244. 206.

Digitized by Google

brechen in einem andern Sinne s. oben §. 160. — Volkmann übergeht die Frage über Privatstrafen und Privat-Verbrechen nach älterm sächs. Rechte ganz; Ehrhard und Püttmann läugneten sie ausdrücklich. —

Dritte Abtheilung.

Von den objectiven wesentlichen Erfoderniſſen einer Rechtsverletzung und eines Verbrechens.

§. 243.

1) Recht und Person.

Ein jedes Verbrechen ist die Verletzung einer Rechts- oder Zwangspflicht des Verbrechers, entweder gegen die Staatsgewalt als solche (not. 4.) allein oder zugleich mit gegen eine andre, physische oder juristische (not. 3.) Person.[1]) Eben deßhalb aber ist auch ein jedes Verbrechen die Verletzung eines Rechts, (§. 45. 41. 44.) sowohl im subjectiven[2]) als im objectiven Sinne. (oben, §. 165.) Mit diesen beiden, unter sich ganz gleichen Ausdrücken: „Ein jedes Verbrechen ist die Verletzung einer Rechtspflicht oder eines Rechts" ist auch ganz gleich der Ausdruck: Verletzung eines Rechtsgesetzes, — eines (positiven) Strafgesetzes oder des objectiven Rechts. Denn jedes Rechtsgesetz und jedes Strafgesetz oder das objective Recht enthält stets zugleich eine Rechts- oder Zwangspflicht der einen und ein derselben entsprechendes subjectives Recht einer andern Person, — sei es auch nur des Staats und der Staatsgewalt (not. 4.). Deßhalb ist zu einer jeden Rechtsverletzung und zu einem jeden Verbrechen im Staate — sowohl zu Rechts- als Polizei- oder Gesetzesverbrechen (oben §. 226.) so wie nach allen Strafrechts-, nicht nur nach den — allerdings vorzüglich hierauf gebauten Androhungs- und Warnungstheorien,

1) §. 3. iniur. 4, 4. l. 3. §. 1. d. cap. min. 4, 5. l. 11. §. 2. ad. l. Corn. d. sic. 48, 8. — C. G. B. Art. 27. Martin, Lb. §. 28. not. 4. S. 63. §. 42. not. 2. S. 94.

2) Wenn man freilich unter diesem subjectiven Rechte stets ein einzelnes (Privat-) Recht einer Privatperson versteht (wie Luden, Abh. II. Ueber den Thatbestande S. 186. 192. ff. 407. ff.), so ist ein objectiv wirkliches Recht nicht stets, nämlich in dem Falle des Art. 27. des S. C. G. B., als einer Ausnahme, nicht erfoderlich. Allein diese vernichtet nicht, sondern bestätigt obige Regel. Sodann aber wird im Falle des Art. 27. immer ein Recht der Staatsgewalt verletzt. Ferner ist jener ganze Art. 27. eine von der Wissenschaft gemißbilligte Anomalie. Endlich ist zur Vollendung eines Verbrechens stets ein wirkliches, objectiv vorhandenes Recht erfoderlich, auch einer Person, als solcher.

Digitized by Google

wesentlich erfoderlich: 1) eine unter dem gesetzlichen Schutze des in Frage kommenden Staats (§. 245.) stehende —, einzelne bestimmte,[3]) physische oder juristische,[4]) Privat- oder öffentliche,[4]) berechtigte Person,[1]) gegen welche jene und dieses gerichtet ist, als Subject oder Inhaber des verletzten Rechts, (§. 48. S. 34.) und außerdem ein einzelnes objectiv[2]) — nicht nur subjectiv vorhandenes, ein nicht nur vermeintliches,[2]) sondern wirkliches[2]) und wirksames, nicht nur mögliches, ein bestimmtes, von den Gesetzen des in Frage kommenden Staats anerkanntes und geschütztes Recht[2]) oder — was ganz gleich ist, ein (positives) Rechts- oder bezüglich Strafgesetz oder objectives Recht oder endlich eine wirkliche, objectiv vorhandene Rechts- oder Zwangspflicht, die und welches verletzt worden ist.[5]) (§. 211. 218. 219. und §. 162. 165.) Dieses ist der Obersatz, das Verbrechen selbst der Untersatz, und die Strafe selbst der Schlußsatz der Bestrafung als eines Schlusses. Wo also, inwiefern und wem gegenüber eine solche Person oder ein solches Recht, (Rechts-Strafgesetz) oder eine solche Rechtspflicht nicht vorhanden (§. 34. 35. 39. 50. 63. 109. 110.) oder gänzlich aufgehoben ist, z. B. durch richterliches Urtheil, da ist eine Verletzung dieses Rechts an dieser Person (durch die zur Vollstreckung jenes Urtheils verpflichtete und berechtigte Person) nicht, wohl aber eine Verletzung andrer Rechte derselben Person möglich, und obwohl dieselbe Handlung, gegen einen (theilweise rechtlosen oder eines Rechts für verlustig erklärten oder verstorbenen) Menschen nicht rechts- oder gesetzwidrig, dennoch die Verletzung einer andern Person, z. B. der Erben, Verwandten (S. C. G. B. Art. 203. unten §. 252.), insbesondere der Staatsgewalt enthalten kann. Daher kann auch an einem zum Tode Verurtheilten das Verbrechen der Tödtung,[6]) daher an feindlichen Soldaten von Nichtsoldaten, ja, auch von Soldaten außerhalb der Schlacht (s. oben §. 50.) ein Verbrechen begangen werden u. s. w.

3) Auch die gemeingefährlichen Verbrechen (§. 232.) verletzen zunächst bestimmte Personen.

4) l. 4. §. 7. ad l. Jul. pecul. 48, 13. — S. C. G. B. Art. 203.

5) Mag die unmittelbar verletzte (Privat-) Person die Verletzung empfinden oder nicht; die mit verletzte Staatsgewalt hat ihr eignes Strafrecht. l. 1. §. 6. l. 3. §. 1. 2. d. iniur. 47, 10. l. 2. §. 1. expil. her. 47, 19. P. G. O. Art. 133. — Oben §. 159. 164.

6) can. 13. 14. Caus. XXIII. qu. 5. Rossi, traité II. p. 9. Abegg, Untersuch. II. S. 85. Geib, Arch. d. C. R. N. Folge, 1838. S. 579. Die Frage, ob an einem Ehrlosen u. s. w. eine Injurie u. s. w. begangen werden könne — ist h. T. unpraktisch, da es eine (gänzliche) Ehr- und Rechtlosigkeit nicht giebt.

Digitized by Google

§. 244.

a. Unsittlichkeit, Unschicklichkeit.

Deßhalb (§. 243.) sind Unsittlichkeiten und irreligiöse Handlungen nur *insofern* Verbrechen, *als* sie einzeln und bestimmt durch ein Strafgesetz verboten, *als* die Sittlichkeit und Religion im Staate durch ein besonders Strafgesetz geschützt, mithin der Staatsgewalt ein *positives* Recht, und den Staatsbürgern eine positive Rechtspflicht zur Vermeidung (und bezüglich Bestrafung) von dergleichen unsittlichen oder irreligiösen Handlungen zukommt. (§. 48. 166.) Verletzungen der Logik, Aesthetik, der theoretischen, logischen, ästhetischen, intellectuellen Gesetze, des Verstandes, der Urtheils- und Schlußkraft, der Wissenschaft, Kunst, Bildung, der Vorsicht, Klugheit, Diplomatik, Feinheit, Bescheidenheit, Schaam, Empfindlichkeit, mithin Wahrheiten und Unwahrheiten, Lügen, (selbst absichtlich) falsche Urtheile und Schlüsse, Absurditäten, Abgeschmacktheiten, Unverstand, Unsinn, Unwissenheit, Aberglaube, Ironien, Sottisen, Grobheiten, Unartigkeiten, Härten, Intriguen, Chicanen, Lächerlichkeiten, Thorheiten, Launen, Leidenschaften, Lieblosigkeiten, Hartherzigkeiten, Unbarmherzigkeit, Inconsequenzen, Unarten, Verkehrtheiten, Bitterkeiten, Arroganz, Witze, Schadenfreude, Gehässigkeiten, Parteisucht, hämische Handlungen, Verletzungen der Gebote der Tanz-, Hof-Ceremonienmeister, galantes homes u. s. w. verletzen daher nicht das *Recht*, die *Rechtspflicht*, sondern theils nur Gewissen, theils aber auch nur kränkliche, unmännliche, nervenschwache, weibische, kleinliche Männer.[1]) Aus denselben Gründen können daher Selbstmord und Selbstverstümmelung, Verletzungen der bloßen Schicklichkeit, des Anstandes, der Convenienz, der Umgangsformen, der Höflichkeit (mit Ausnahmen), der Zartheit, Delicatesse, Humanität, des Gefühls Andrer u. s. w., mithin blos unschickliche, ungeschickte, unziemliche, undelicate, unzarte u. s. w. Handlungen, Aeußerungen, Scherze, Vertraulichkeiten, Zudringlichkeiten, „das Erwecken geistig oder körperlich unangenehmer Empfindungen“[2]) u. s. w. an und für sich und ohne ein specielles Verbot oder Strafgesetz weder Verbrechen sein noch eine Strafe, noch ein Strafurtheil, ja, nicht einmal eine Verurtheilung in die Kosten einer Untersuchung begründen. Hiergegen verstieß ein Urthel

1) *Weber*, über Injurien, I. S. 111. 116. 124—128. 131—135. 143. II. S. 194. 211. 214. 218. f. III. S. 2. 3. 6. 8. 12. 14—19.

2) *Für* dessen Bestrafung war ein Antrag in der I. S. K. Mitth. v. Landt. 1836/37. S. 257. f — Dagegen *Mittermaier*, Arch. d. C. N. N. Folge, 1838. S. 2.

Digitized by Google

der Juristenfacultät und des Appellationsgerichts zu Leipzig im J. 1837, welches eine Verurtheilung in die Untersuchungskosten mit unschicklicher Vertraulichkeit und unvorsichtigem Benehmen der Angeschuldigten motivirte. (S. unten §. 265. 269.) An's Extreme aber grenzen folgende Entscheidungsgründe eines sächsischen Gerichtshofs aus der neuern Zeit: „Daß die Bezeugung freundlicher Theilnahme an dem Schicksale von Personen, die sich Verbrechen und Vergehungen zu Schulden gebracht haben, besonders wenn sie mit dem Ausdrucke von Hochachtung verbunden sind und in Gegenwart dritter Personen geäußert werden, mehr oder minder unschicklich erscheinen und Mißbilligung verdienen, ist nicht zu bezweifeln. Indeß kann man sie als rechtlich strafbar doch nur dann betrachten, wenn dabei die Billigung des verübten Verbrechens als „Beweggrund" der geäußerten „Liebe" und Hochachtung gegen den Verbrecher bestimmt hervortritt, wenn sie auf eine Weise veröffentlicht werden, welche ersichtlich auf Erregung gleicher „Gefühle" bei Andern berechnet ist und wenn sie, im Gegensatze mit bereits durch Urthel und Recht zuerkannter Strafe, zugleich als „Widerstreben" gegen gesetzliche Ordnung und als Hohn der richtenden Staatsgewalt erscheinen."!!! Diese Grundsätze verstoßen theilweise gegen die Grundlehren der christlichen Religion! —

§. 245.

b. Nothstand.

Nach dem Vernunft-, und positiven (§. 28. 33. 34. 37—40. 50. 63. 118—119.) Rechte hebt auch der Nothstand alles Recht, Rechts- und Strafgesetz auf. Den Grund des Nothrechts hat man theils zu beschränkt aufgefaßt,[1]) besonders wenn man blos von dem Gesichtspunkte collidirender[2]) Eigenthumsrechte ausging, oder es zu sehr erweitert als Recht, in der Noth Unrecht zu thun, oder endlich ihm — als gewiß fernliegenden Grund — psychischen, aus Naturursachen entspringenden Zwang, also Mangel an Zurechenbarkeit untergeschoben.[3]) Herrmann[4]) unterscheidet 1) Fälle der Collision eines (höhern) Rechts aus einer höhern Rechtssphäre mit

1) Auch Hegel, Naturr. §. 127. Göschel, Zerstr. Blätter. Bd. I S. 504.

2) Hugo Grotius d. iure belli ac pac. II. c. 2. §. 6. Leyser, Med. ad Pand. Sp. 537. m. 1. 2. Bochmer, Med. in C. C. C. ad art. 166. §. 1.

3) Feuerbach, Martin, Heffter, Roßhirt, in den Lb. Bauer, Anmerk. z. Hannov. Entw. I. S. 538. Jarcke, Hdb. I. S. 183.

4) Z. Beurth. des Sächs. C. G. B. 1836. S. 145.

einem (niedern) aus einer niedern. Hier werde das letztere Recht als völlig unberechtigt jenem höhern gegenüber durch dieses aufgehoben. Hierdurch geschehe dem niedern sein Recht. Eine wirkliche Collision sei hier nicht vorhanden. 2) Ganz andre Fälle seien es, wo sich gleiche Rechte aus derselben Sphäre entgegenstünden. Hier entscheide kein Vorzug des einen Rechts vor dem andern, sondern die Macht des Zwanges, welche dem Rechte innewohne und auch Recht sei. (§. 72. ff. 92. 98—100.). Hier unterliege das eine Recht nur physisch dem Rechte, nicht dem Unrechte des Mächtigern. Nur dieser Fall sei eine Collision von Rechten. Der erstere nicht, weil der Anspruch des untergeordneten Rechts nur insofern ein rechtsgültiger sei, als er dem höhern nicht entgegenstehe. — Allein eine Collission von Rechten giebt es nach dem Vernunftrechte und nach dem Begriffe, Grunde und Zwecke des Rechts (§. 35. 37—40.) in Wirklichkeit nicht. (§ 114.) Nach Luden[5]) muß das objective Recht die Verletzung der Rechte Andrer gestatten, so oft es mit sich selbst in Widerspruch gerathen würde, wenn es jene nicht gestattete, mithin in zwei Fällen, in dem einen zur Erhaltung des subjectiven Rechts, (Nothstand), in dem andern zur Erhaltung des objectiven (besser der Rechtspflicht, verbindlicher Befehl). Allein das ist ja auch wieder ein Widerspruch des objectiven Rechts, wenn es Verletzungen von Rechten gestattet, die es erst gewährt und anerkannt hat, blos zur Erhaltung andrer gleicher Rechte. Ein solcher Widerspruch des objectiven Rechts mit sich selbst im Nothstande ist unvermeidlich und eine Aufhebung seiner, des Rechts selbst.[6]) — Eben so wenig liegt der Grund der Straflosigkeit von Handlungen im Nothstande darin, (wie Abegg[7]) meint), daß das individuale Wohl selbst ein Recht sei und bei Collission mit andern beschränkten — (? wenn nun aber gleichen?) Rechten oder mit dem Unrechte sich zu erhalten befugt, moralisch verpflichtet sei. Denn diese Meinung Abegg's paßt gar nicht auf den eigentlichen Nothstand, nimmt mindestens diesen in einem viel zu engen Sinne. Ferner ist der Grund jener Straflosigkeit auch nicht eine besondere Dispensation und Erlaubniß; eben so wenig Rechtlosigkeit des Collidirenden; endlich auch nicht Unmöglichkeit einer psychologischen Abhaltung durch das Straf-

5) Abh. II. Ueber den Thatbest. S. 109.

6) Grolmann, Grundss. §. 23. Schröter, Hdb. I. S. 145. 186. — v. Groos, Lb. d. Naturr. §. 39. 40. — Wächter, §. 55. S. 95. und §. 49. S. 83.

7) Lb. §. 107. S. 166.

Digitized by Google

gesetz. Vielmehr ist der Grund jener Straflosigkeit Lebens- und Leibes-Noth, Unmöglichkeit des Zusammenlebens des Verletzers, als einer Person und eines Menschen oder seiner körperlichen und geistigen Integrität mit der gleichen und mit der Persönlichkeit, dem Eigenthum und Vermögen eines oder aller andern und dießfallsige Aufhebung, Suspension des Rechts, Rechtsgesetzes und Rechtsverhältnisses unter Menschen. Die Richtigkeit dieser Theorie ergiebt sich aus dem Begriffe, Grunde, Zwecke und der Grenze des Rechts (§. 35. 37—40. 50.). Dieselbe benimmt dem Nothstande (fälschlich Nothrechte) blos die rechtliche, nicht alle sittliche Sanction, wie Herrmann a. a. O. meint. Nach derselben ist nicht das subjective Recht des Verletzten, wie Luden meint, sondern die Rechtspflicht des Verletzers, jenes Recht nicht zu beobachten, folglich (§. 37. 45.) auch dieses dem Verletzer, jedoch nur diesem im Nothstande Befindlichen gegenüber, im Nothstande aufgehoben. — Insofern nun dieser ganz allgemein dem Rechtszustande entgegengesetzt wird, umfaßt er auch mit die Nothwehr.

§. 246.

Genauere Beschreibung des Nothstandes.

Im engern und eigentlichen Sinne aber ist der Nothstand die „Leibes- oder Lebens- (unten, §. 281.) Noth, in welcher (das Recht) des Verletzers (auf) Leib oder Leben (Persönlichkeit) mit einem, einigen oder allen Persönlichkeits- oder Vermögens-Rechten eines (oder mehrerer, selten aller) Andern unmöglich zusammen und gleichzeitig bestehen und bewahrt werden kann. Die Eigenthums- und Vermögensnoth, in welcher also (das Recht) des Genöthigten (auf) Eigenthum und Vermögen mit fremden Persönlichkeits- oder Vermögens-Rechten, mit fremdem Leben, Leib, Eigenthume und Vermögen nicht zusammen und gleichzeitig bestehen kann, heißt nicht Nothstand im rechtlichen Sinne. Zu diesem gehört nur die Lebens- und Leibes-Noth. (S. C. G. B. Art. 72.). Eine solche, mithin ein Nothstand kann auch aus und bei der Nothwehr, jedoch nur bei Angriffen auf die Person und bei der Vertheidigung gegen des Angreifers Person sowohl für den Angreifer als den sich in der Nothwehr Vertheidigenden entstehen. Von der Nothwehr unterscheidet sich der Nothstand dadurch, daß [1]) „dieser nicht

1) Deput.ber. d. I. K. L. A. Beil. z. II. Abth. 1 Slg. S. 80. f. Wenn hier und in Hartitzsch, d. C. G. B. zu Art. 72. S. 152. gesagt wird: im Nothstande stehe dem Thäter kein Rechtsgrund, sondern nur Billigkeit zur Seite, so ist dieß ein gänzliches Verkennen des Nothstandes.

Digitized by Google

durch einen widerrechtlichen 1) Angriff, 2) einer Person, nämlich des im Nothstande Verletzten, sondern 3) durch zufällige Umstände herbeigeführt gedacht wird," daß die Nothwehr auch zur Rettung des Eigenthums ausdrücklich in Art. 70. für zulässig erklärt ist, der Nothstand (Art. 72.) (ausdrücklich) nicht, (§. 34. a. E. S. 24. oben, §. 50. not. 2. §. 63. S. 46. §. 118. S. 105.) und daß endlich im Nothstande Recht und Gesetz gradezu aufgehoben, suspendirt ist, bei der Nothwehr nicht, daß die Verletzung in jenem weder Recht noch Unrecht, in dieser Recht, ein Ausfluß des Zwangsrechts ist. Deßhalb ist auch die Nothwehr nicht hier, wo von Verletzungen bei gar nicht vorhandenem oder aufgehobenem Rechte gesprochen wird, sondern später zu erörtern.

§. 247.

Art. 72. des S. E. G. B.

„Auch außer dem Falle der Nothwehr ist derjenige nicht strafbar, welcher eine gesetzwidrige Handlung in einem 1) unverschuldeten 2) auf andre Weise 3) nicht abwendbaren 4) Nothstande 5) zur Rettung aus einer 6) gegenwärtigen 7) dringenden 8) Gefahr für 9) Leib oder Leben 10) seiner selbst oder seiner Angehörigen begangen hat." Ihrem Umfange auf Subjecte, Personen, Gegenstände und Wirkungen nach ist also die im Nothstande straflose Handlung unbeschränkt. Eben so ist sie der Identität nach unbestimmt. Nicht grade die fragliche Handlung, sondern (irgend eine) eine jede Handlung ist straflos. Nur muß der Nothstand auf andre Weise nicht abwendbar, eine (nicht grade die fragliche) gesetzwidrige Handlung also nothwendig gewesen und zur Rettung u. s. w., mithin zu diesem Zwecke vorgenommen worden sein. Diese Nothwendigkeit und Zweckmäßigkeit oder Tauglichkeit der Handlung, so wie die „Gegenwart", (das „Dringende" und das Dasein) der Gefahr ist natürlich hier nur eine subjective und relative oder hypothetische, keine objective oder absolute, daher nach der subjectiven Ueberzeugung und der Zeit und den Umständen zu beurtheilen. Dieß gehet theils aus den gleichen Erklärungen der Regierung zu dem Art. 70. über die Nothwehr,[1]) theils aus andern analogen Art. des S. E. G. B., (z. B. Art. 31. 131. 132. 171, 1. unten §. 260.) hervor. Auch darauf kommt nichts an, welche Arten von Rechten und Gesetzen die ge-

1) Mitth. v. Landt 1836|37. S. 437. 2172. L. A. II. 1, 168. 169. Nachträgl. Bericht d. Deput. d. II. K. L. A. Beil. z. III. 2. Slg. S. 163, u. III. Abth. 1. Slg. S. 769. Günther, S. 52. v. Hartitzsch, S. 150.

Digitized by Google

setzwidrige, im Nothstande strafloſe Handlung verletzt, ob fremde Persönlichkeiten oder Sachen, ob fremde Persönlichkeits-, Leibes-, Lebens- oder ob fremde Eigenthums- und Vermögensrechte, z. B. Entwendung,[2]) Beschädigung oder Vernichtung fremder Sachen.[3]) Jedoch ist eine solche Handlung natürlich nur insofern strafloſ, als sie grade das Recht der Person verletzt, welches und deren Recht mit dem im Nothstande Befindlichen und dessen Rechte nach dessen Ueberzeugung unverträglich ist. Wohl aber ist die Verletzung eines andern Rechts einer andern Person eine wirkliche zurechenbare Rechtsverletzung selbst bei — in andrer Hinsicht und in Bezug auf andre Rechte und Personen vorhandenem Nothstande. Daher ist z. B. in Hungersnoth nur der Diebstahl von Eßwaren oder von andern Sachen zur Anschaffung eßbarer Gegenstände, in Wassersnoth nur der Diebstahl von Wasser, in Arzneinoth nur der von Arznei kein Vrbrechen. Unter „Angehörigen" sind im Art. 72. jedenfalls Blutsverwandte in auf- und absteigender Linie, Ehegatten und Geschwister (Art. 101. des Württ. St. G. B.); nach dem allgemeinen, umfassenden Worte: „Angehörige"[4]) aber auch wohl Verschwägerte in auf- und absteigender Linie, Seitenverwandte und Verschwägerte bis mit dem vierten (wenigstens bis mit dem zweiten) Grade, Adoptiv- und Pflege-Aeltern und Kinder, Erzieher und Pflegbefohlne, Vormund und Mündel nach der Analogie von Art. 11. 41. 145. 146. 147. 168. 203. 237, 244. 263. 264. 302. 303. 304. zu verstehen. — Durch das Beiwort „unverschuldeter" Nothstand hat nur die nahe, unmittelbare, grobe specielle Verschuldung[5]) ausgeschlossen[5]) werden sollen, wiewohl auch dieß dem gemeinen Straf- und Vernunftrechte noch widerspricht. (§. 118.) Abeggs Definition des Nothstandes ist theils viel zu weit, theils viel zu eng: „Wenn die Persönlichkeit als solche (blos?), das Leben (nicht der Leib mit?), die Totalität und Voraussetzung aller Rechte, in Collision (?) geräth mit dem

2) D. consecr. Dist. 1. c. 11. Dist. V. C. 26. — cap. 4. X. d. R. J. — cap. 3. X. d. furt. P. G. O. Art. 166 175.

3) l. 29. §. 3. l. 49. §. 1. ad l. Aquill. 9, 2. l. 3. § 3. 7. d. incend. 47, 9. l. 7. §. 4. quod vi aut clam. 43, 24. l. 14. d. praescr. verb. 19, 5.

4) „necessarii, necessariae personae, necessariae coniunctaque personae, propinqui" sind auch nicht stets blos Verwandte. c. 4. qui pet. tut. 5, 31. l. 60. d. P. 2, 14. l. 1—3. in ius vocati ut cant. 2, 6. c. 27. d. don. 8, 54. §. 4. d. pup. subst. 2, 16. c. 10. d. legat. 6, 37. „proximae personae, vel uxor, vel alia talis persona." —

5) Deput.ber. d. I. K. L. A. Beil. z. Abth. 2. Slg. I. S. 80. Mitth. S. 441. 2172. S. 2. — Groſſ, I. S. 129. Krug, I. S. 142. v. Hartitzſch, S. 152.

Digitized by Google

nur beschränkten und ersetzlichen (? blos ?) Rechte oder Eigenthume (blos?) eines Andern, so darf erstere sich auf Kosten des letztern erhalten."

§. 248.

c. Einwilligung des Verletzten. 1) Geschichte.

Bereits im Mittelalter wurde (z. B. von Bonifacius) bei dem Grundsatze: „volenti non fit iniuria" zwischen der Klage des Verletzten und der der respublica unterschieden. Von Matthäus an machen die Meisten von dem Grundsatze: „volenti non fit iniuria" eine Ausnahme bei den sog. an sich unveräußerlichen Rechten. So lassen denselben Feuerbach, Grolman, Martin, Roßhirt (im Lb.) Heffter und Abegg nur bei solchen Rechten gelten, über welche dem Privatwillen des Einwilligenden die Veräußerung zusteht. Andere vertheidigen jenen Grundsatz ganz allgemein. Die Einwilligung in die Verletzung habe jedenfalls die Wirkung, daß die Handlung nicht mehr als dasjenige Verbrechen angesehen werden dürfe, welches sie ohne diese Einwilligung gewesen sein würde, sondern höchstens als Polizeiübertretung. (Tittmann, Schröter, Henke, Groos, Stübel, Wächter). Noch Andre [1]) wollen jenen Grundsatz als solchen — als Princip — gar nicht anerkennen, sondern nach den Umständen des einzelnen Falles die Einwilligung des Verletzten bald als Strafminderungsgrund (wie Brehmer und Kreff) gelten lassen, bald gar nicht berücksichtigen. Hepp [2]) erkennt jenen Grundsatz nur bei den Verbrechen an, welche nach den Gesetzen und nach dem Sprachgebrauche des gemeinen Lebens durch das Merkmal: „invito laeso" bedingt sind. Ziemlich derselben Ansicht ist Luden. [3]) Nach diesem soll jener Grundsatz bei allen Rechts-, nicht aber bei den Gesetzesverbrechen (oben, §. 227.) gelten. Von den neuen Strafgesetzbüchern hat nur das Baiersche Art. 123. den allgemeinen Satz: daß die Erlaubniß des Beschädigten die Handlung weder straflos noch minder strafbar mache; Handlungen aber, die auf Verlust oder nicht gemein gefährliche Beschädigung des Eigenthums gerichtet sind, durch die Erlaubniß des Beschädigten straflos werden.

---

1) Mittermaier, zu Feuerbach, §. 25. not. S. 60. Roßhirt, Entwickel. der Grundf. §. 56. Mittermaier, im N. Arch. d. C. R. IX. S. 705.

2) im N. Arch. d. C. R. XI. S. 65. u. 239. Theorie d. Zurechn. S. 57—64., eben so Marezoll, Lb. §. 23. not. l. S. 61.

3) Abh. aus d. Strafr. II. Ueb. d. Thatbestand 1840. S. 423. ff.

Digitized by Google

§. 214.

2) Beurtheilung.

Allein jener Grundsatz: „volenti non fit iniuria“ [1]) gilt subjectiv und objectiv von allen [1]) Verletzten und Einwilligenden, so wie von allen Verbrechen, [1]) (mit alleiniger Ausnahme der Verletzung unveräußerlicher Rechte, oben, §. 42. ff.), mithin auch von den Verbrechen, welche unmittelbar und allein gegen den Staat oder die Staatsgewalt gerichtet sind, nicht minder auch von allen gemeingefährlichen. [1]) Nur kommt es darauf an, daß alle durch ein Verbrechen Verletzten, daß alle durch ein Verbrechen nicht nur unmittelbar, sondern auch die nur mittelbar Verletzten in jenes wirklich eingewilligt haben, insbesondere der Staat oder die Staatsgewalt selbst. Willigt diese in die Verletzung ihrer Rechte (§. 162. 168.) und in Verbrechen gegen sie selbst, so fällt nicht nur die Strafbarkeit, sondern auch der Begriff eines Verbrechens und der Verletzung eines Rechts und (Straf-) Gesetzes, so wie das Recht selbst hinweg. Denn die Erklärung der Einwilligung der Staatsgewalt in die Verletzung und in das Verbrechen hebt das bestehende Strafgesetz entweder für diesen besondern Fall oder für immer und allgemein auf und ist ebenfalls ein neues (erlaubendes) Gesetz. Nur muß natürlich die wirkliche, ganze Staatsgewalt wirklich in dieses Verbrechen dieses Verbrechers eingewilligt haben, nicht blos ein Theil oder Glied oder Zweig der (untheilbaren) Staatsgewalt, z. B. nicht blos die vollziehende, [2]) oder in constitutionellen Staaten nicht blos die Regierung. Die Einwilligung dieses einen Theils der Staatsgewalt hebt weder ein Verbrechen noch dessen Strafbarkeit auf, auch nicht bei den unmittelbar nur gegen diesen einen Theil der Staatsgewalt gerichteten Verbrechen. Zwar hat in constitutionellen Staaten die Regierung des Abolitions-, Amnestie- und Begnadigungsrecht. Allein diese beziehen sich nur auf

1) l. 1. §. 5. d. iniur. 47, 10. l. 7. §. 4. l. 13. pr. ad l. Aquill. 9, 2. l. 1. §. 6. d. postul. 3, 1. reg. 27. d. R. J. in VI. 5, 13. Hiergegen sind nicht l. 4. §. 1. ad l. Corn. d. sicar. 48, 8. l. 27. §. 3. 4. d. P. 2, 14. l. 17. pr. d. commod. 13, 6. c. 20. d. furt. 6, 2. R. P. O. v. 1577. T. 35, §. 7.

2) Eine Ausnahme hiervon machen vielleicht die Verbrechen gegen blos diesen einen Theil der Staatsgewalt, z. B. im II. Cap. des bes. Th. des C. G. B Beleidigungen der Person des Staatsoberh. u. seiner Familie (Art. 104.) im III. Cap. die Auflehnung gegen die öffentlichen Behörden, im Art. 89—93. die staatsgefährlichen Handlungen, besonders Art. 93. die Theilnahme an verbotenen Verbindungen. Der Thatbestand dieses Verbrechens fällt weg, wenn die Staatsregierung solche Verbindungen wissentlich duldet, verkennt, mit ihnen unterhandelt. Meine Kritik des gegen d. Leipz. Burschenschaft gesprochnen Urthels. Altenburg 1839. S. 87. 88.

Digitized by Google

bereits begangene Verbrechen nach ihnen, heben also nicht den Begriff und Thatbestand des Verbrechens, sondern nur die bereits verwirkte und eingetretene Strafbarkeit des Verbrechens auf. Auch sind Begnadigung, Abolition und Amnestie nicht etwa Erklärungen der Einwilligung der vollziehenden Staatsgewalt (Regierung) in das verübte Verbrechen, auch nicht nachträgliche Erklärungen dieser Billigung oder Einwilligung. Im Gegentheile würden sie als solche und in dieser Form ausgesprochen, ein Mißbrauch des Begnadigungs-, Abolitions- und Amnestierechts der vollziehenden Staatsgewalt in constitutionellen Staaten sein. I. Die Einwilligung der wirklichen ganzen Staatsgewalt aber hebt nicht blos bei den unmittelbar und nur gegen sie, nicht zugleich mit gegen Private als solche gerichteten, nicht blos bei allen öffentlichen oder Staats- und Polizeiverbrechen (S. C. G. B. Bes. Theil, Cap. I—III. XIV. ferner VIII. und XIV. Art. 144. 206—110., 267. 312.), sondern auch bei den zugleich mit oder nur gegen Private gerichteten (Privat-) Verbrechen deren Begriff auf. Die Erklärung jener Einwilligung der Staatsgewalt ist Gesetz (utpote imperialibus contractibus legis vicem obtinentibus),[3]) hebt das bestehende Strafgesetz, mithin das fragliche Recht der Privaten als positives, so wie das Verbrechen selbst auf. Denn ohne positives (Straf-) Gesetz kein positives Recht und kein Verbrechen, keine Verletzung eines positiven Rechts. Hierher gehören z. B. nach dem Kriegsrechte die Tödtung der feindlichen Soldaten durch Soldaten (§. 50.) Repressalien jeder Art, Contributionen, legitimirte Caperei[4]) u. s. w. II. Was nun, abgesehen von dieser, von allen Criminalisten bisher ganz übergangenen Einwilligung der Staatsgewalt als der durch ein Verbrechen (allein oder mit) Verletzten und abgesehen von dem Grundsatze: volenti civitati oder potestati publicae non fit iniuria, was nun die Einwilligung Privater in Verbrechen betrifft, so ist zwischen folgenden Classen von Verbrechen zu unterscheiden: 1) Auf solche Verbrechen, welche gar nicht den einzelnen Privaten als solchen verletzen, sondern nur die Staatsgewalt, auf diese hat natürlich die Einwilligung eines Privaten gar keinen Einfluß, weil er nicht verletzt, der Grundsatz: volenti non fit injuria mithin auf ihn gar nicht anwendbar ist. 2) Bei solchen

3) c. 26. d. don. int V. et U. 5, 16.

4) P. G. O. Art. 129. 142. 150. v. Rotteck, Lb. d. Vernunft-R. oder d. Staatswissensch. III. Mater. Pol. 1834. §. 30. S. 78. §. 34. S. 89. §. 37. S. 95. §. 38. S. 99. — Arch. d. C. R. VIII. S. 359. Hepp, Theor. d. Zurechnung, S. 70.

Digitized by Google

Verbrechen, welche zugleich sowohl die Staatsgewalt als einen Privaten verletzen, (z. B. (bisweilen) beim Aufruhr (G. G. B. Art. 115.), beim Landfriedensbruche (Art. 118.), bei der Störung der Ausübung öffentlicher Rechte (Art. 170.), bei der Bigamie (Art. 218.), bei Verletzungen der Ehrerbietung gegen die Religion (Bes. Theil, Cap. VIII. Art. 183—193.), bei der Selbsthülfe und dem Zweikampfe (Cap. X. Art. 204—210.), zum Theile bei der Fälschung (Art. 247. 250. 251.), bei dem Mißbrauche der Religion (Art. 253.) und amtlicher Eigenschaften (Art. 254.), bei der Anmaaßung öffentlicher Dienste (Art. 267.), bei Münzverbrechen (Cap. XIV. Art. 268—272.) und den Sonderverbrechen der Staats- und öffentlichen Diener (Art. 311. 313. 320. 321.), bei wahrheitswidrigen Aussagen (Art. 325.) und beim Wucher (Art. 293—301.) bei diesen Verbrechen, welche sowohl die Staatsgewalt als einen Privaten unmittelbar, jene nicht nur mittelbar, verletzen, kann natürlich die Einwilligung des verletzten Privaten auf die Verletzung und das Strafrecht der Staatsgewalt keinen Einfluß haben. Auch diese Verbrechen machen daher keine Ausnahme von dem Grundsatze: volenti (laeso) non fit iniuria, weil und wenn nicht alle Verletzten, die mit unmittelbar verletzte Staatsgewalt in die Verletzung eingewilligt haben. Vielmehr gilt jener Grundsatz unter der letztern Voraussetzung und thatsächlichen Prämisse auch von diesen Verbrechen ohne Beschränkung. Der Grund, warum man diese Verbrechen für eine Ausnahme von dem Grundsatze: volenti non fit injuria und diesen auf jene nicht für einwendbar hielt, lag also in dem Irrthume, daß man unter dem „volenti“ und unter dem „laesus“ stets nur einen Privaten, nicht auch die Staatsgewalt, und unter Verbrechen immer nur Verbrechen gegen Private, und nicht auch unmittelbar gegen die Staatsgewalt im Sinne hatte. 3) Auch bei den Verbrechen, welche zunächst und unmittelbar nur Private und nur deren Rechte, und die Staatsgewalt nur mittelbar erst durch die Verletzung der Rechte Privater und die diesfallsige Störung der Rechtsordnung verletzen, gilt der Grundsatz: volenti non fit injuria. Das heißt: die (vorherige) Einwilligung des verletzten Privaten hebt sowohl den Begriff als Thatbestand der Verletzung des Privaten, seines Rechts und dieses selbst, dadurch aber auch die Möglichkeit der Störung des Rechtsordnung (z. B. der Gewalt u. s. w.) und der Verletzung des Rechts der Staatsgewalt auf Bewahrung jener (§. 162. 168.) auf. Dieß gilt von der Störung des Hausfriedens (Art. 169.), von den Verbrechen wider

Digitized by Google

das Leben (S. C. G. B. Beſ. Th. Cap. IV. Art. 120—124. 126—131.) und die Geſundheit, (Cap. V. Art. 132—144.), von Verletzungen der perſönlichen Freiheit, (Art. 145—148. 152. 155—168. 170.) oder der elterlichen, ehemännlichen Rechte oder Pflichten, Gewalt hierbei (Art. 145. 146. 149—151. 156. Art. 263), von der Selbſthülfe[5]) u. ſ. w. (Art. 204—206.), von Verletzungen der ehelichen Treue[6]) (Art. 211—217.); von Diebſtahl und Veruntrauung (Cap. XII. Art. 225—242. l. 4. 8. §. 2. d. furt. 47, 2. l. 14. §. 12. q. met. c. 4, 2.) vom Bankerott (Art. 256—258.), Betrug in Hinſicht auf perſönliche Verhältniſſe (Art. 262. 265), Verführung zur Unzucht (Art. 266.) ferner von andern Beeinträchtigungen fremden Eigenthums (Cap. XV. Art. 275—292.), von Verletzungen der Dienſtpflicht (Art. 322.), pflichtmäßiger Verſchwiegenheit (Art. 320.) und von unbefugtem Eindringen in fremde Geheimniſſe (Art. 324.) endlich auch ſogar von gemeingefährlichen Handlungen. (Cap. XVII. Art. 171—182.). Nur müſſen auch grade beſonders bei dieſen auch *wirklich alle durch ſie zu Verletzenden* mit Gewißheit *vorher beſtimmt* ſein und eingewilligt haben und keine andre rechtswidrige Abſicht, z. B. gegen die Brandverſicherungsanſtalt, jene Handlungen zu einem *andern* Verbrechen, z. B. zu einem Betruge, machen. Dieſer Fall der bloßen *Einwilligung*, z. B. in Brandſtiftung durch einen Nichteigenthümer an dem Gebäude des Einwilligenden fällt nicht unter Art. 174.; aber auch nicht unter Art. 33—38., zumal wegen Art. 125. und 144. Ja, bei einer Gattung dieſer Verbrechen, nämlich bei denjenigen, welche nur auf Anzeige oder Antrag des verletzten Privaten beſtraft werden (§. 160.), und bei der Entführung (Art. 152.) hebt ſogar die nachträgliche, die Einwilligung des verletzten Privaten

5) *Meine* Grundwiſſenſch. d. Proc. Lpz., 1839. I. §. 93. S. 128—130. *Wächter*, Lb. II. §. 146. not. 50. S. 53. Daß die Selbſthülfe ein Privatverbrechen ſei, dieß gehet nur aus der Stellung derſelben im X. Cap. des beſ. Th. des S. C. G. B. zwiſchen und nach den Verletzungen der Ehre (Cap. IX.) und zwiſchen und vor den Verletzungen der ehelichen Treue (Cap. XI.) — lauter Privatverbrechen, hervor. Daß aber durch Einwilligung des Schuldners oder Beſitzers in die Selbſthülfe deren Begriff und Thatbeſtand aufgehoben werde, beweiſt: l. 7. 13. quod met. c. g. cr. 4, 2. „nullo concedente“, „non ab ipso sibi traditam“; „sponte“. c. 9. sol. mat. 5, 18. „non consentientibus“. c. 3. d. pign. 8, 14: „vim facere non videntur“, welche von *Schwarze*, de crimine rapinae, 1839. §. 7. not. 46, p. 14. ſeiner Berufung auf *angebliche Autoritäten* in den Jahrb. f. Sächſ. Straf. R. I. B. 2. S. 223. ungeachtet, falſch verſtanden worden iſt. S. hierüber *ausführlich Meine* angef. Grundwiſſſch. d. Proc. I. §. 93. S. 128. ff. *Martin*, Lb., §. 185. not. 16. S. 442. §. 248. not. 11. S. 605.

6) Dieſe hält *Luden*, i. a. W. S. 181. 421. fälſchlich für *Geſetzes*- (Polizei-) Verbrechen.

Digitized by Google

nach dem Verbrechen, zwar nicht deſſen Begriff und Thatbeſtand vom Anfange an, wohl aber deſſen concrete Strafbarkeit, mithin auch jenen nach erfolgter Einwilligung auf. Auch hiervon noch verſchieden iſt dieſelbe beim Ehebruche, S. C. G. B. Art. 215.

§. 250.

Beſchaffenheit der Einwilligung.

Aus dieſen Erörterungen gehet hervor, daß zu allen Verletzungen von Rechten (mit Ausnahme der von unveräußerlichen, §. 252.) und zu allen Verbrechen das Merkmal: „invito laeso“, wider Willen, ohne Einwilligung, ohne Verzichtleiſtung des Verletzten auf ſein Recht, weil zu allen ein Recht erfoderlich, ſei. (§. 165.). Von dem zu einem jeden Verbrechen und Strafrechte der Staatsgewalt erfoderlichen Mangel der Einwilligung derſelben in das Verbrechen gilt dieß um ſo mehr, weil die Staatsgewalt zur Ausübung ihres Strafrechts von Niemanden gezwungen werden kann. (§. 101. S. 85.). Es fragt ſich aber nun, wie jene Einwilligung beſchaffen ſein müſſe, daß ſie den Begriff und Thatbeſtand des Verbrechens aufhebe. Was nun 1) das Subject des Einwilligenden betrifft, ſo muß dieſes natürlich der alleinige Verletzte oder es müſſen dieſes ſämmtliche Verletzte, mit andern Worten, der Einwilligende muß der Inhaber aller der Rechte ſein, welche durch ein Verbrechen verletzt werden, ſei es mittelbar oder unmittelbar; nicht blos eines oder einige Rechte von den verletzten haben. Aus dieſem Grunde reicht allerdings bei den meiſten Verbrechen, z. B. bei der Selbſtverſtümmelung (Art. 144. u. §. 249. I. u. II., 1. 2.) die Einwilligung der Privaten nicht aus, weil durch ſie nicht nur dieſe und deren Rechte, ſondern auch die Staatsgewalt und deren öffentliche Rechte verletzt werden. (§. 159. 160. 162. 168. „Ius publicum pactis privatorum mutari non potest“. §. 42. 43., not. 1. S. 30.). Aus demſelben Grunde bleibt es Menſchenraub, wenn ein Menſch vor dem 14. Jahre mit deſſen, aber ohne den Willen ſeiner Aeltern, Vormünder oder Erzieher geraubt (Art. 146.) oder von dieſen zu den im Art. 145. angegebnen Zwecken überlaſſen wird (Art. 146.), Entführung einer Perſon mit ihrem, aber ohne den Willen der Aeltern oder des Ehemanns (Art. 149. 150. 153.) u. ſ. w. Aus dieſem Grunde bleibt es ferner Hochverrath, Staatsverrath u. ſ. w., wenn nur ein Zweig der Staatsgewalt, z. B. nur die vollziehende, in das Verbrechen gegen die ganze Staatsgewalt willigt (ſ. jedoch §. 249., not. 2.), ferner Verletzung der Ehrerbietung gegen die Religion, wenn auch die

Digitized by Google

ganze betreffende Religionspartei einwilligt. (Art. 191. 189. 193.). Dagegen fällt das Anzeigerecht der Ehemänner, Väter, amtlichen Vorgesetzten u. s. w. bei Ehrverletzungen gegen Eheweiber, Kinder, Staatsdiener und Behörden u. s. w. hinweg, wenn diese selbst in die Ehrverletzung gültig eingewilligt, also selbst kein Anzeigerecht haben, überhaupt Begriff und Thatbestand einer Ehrverletzung gar nicht vorhanden ist (Art. 203.) u. s. w. — Das Subject des Einwilligenden muß ferner b. natürlich nicht nur rechts-, sondern auch handlungs- und zurechnungsfähig sein. Aus diesem Grunde bleibt es Menschenraub und Entführung, wenn der Geraubte und Entführte unter 14 Jahren oder bezüglich noch unter älterlicher oder ehemännlicher Gewalt oder Vormundschaft, einwilligt; (Art. 145. 149. 150. 153.) strafbare Unzucht, wenn die gemißbrauchte Person im bewußtlosen Zustande ist oder noch unter 14. Jahren; (Art. 160. 161.); Betrug, wenn Jemand mit einem Menschen, welcher über das Seinige nicht frei verfügen kann, ohne Einwilligung seines Vaters oder Vormunds, ein demselben nachtheiliges Geschäft eingeht (Art. 264.). 2) Die Einwilligung selbst muß nicht nur frei und ernstlich, sondern auch thätlich, vor und bei dem Verbrechen weder durch Worte noch Handlungen zurück genommen sein. Denn sonst bleibt dennoch ein — wenn auch anderes Verbrechen. So bleibt es strafbare Selbsthülfe, wenn der Schuldner oder Besitzer vorher ernstlich und gültig in dieselbe, in die Eigenmacht, Wegnahme der beweglichen Sachen eingewilligt hat, aber diese Einwilligung durch Worte oder Handlungen zurücknimmt, z. B. sich widersetzt, so, daß der Gläubiger wirkliche Gewalt oder Eigenmacht anwenden muß. So wird es strafbare Selbsthülfe, wenn der Eigenthümer oder Inhaber darein willigt, daß ein Andrer dessen bewegliche Sache mit der Absicht an sich nimmt, sie sich zuzueignen, diese Einwilligung aber vorher durch Worte oder Handlungen zurücknimmt u. s. w. Jene Einwilligung muß ferner 3) dem Handelnden oder Verbrecher mindestens bekannt, derselbe von ihr hinreichend (§. 66.) überzeugt[1]) sein. Dieß genügt.[1]) Dagegen braucht jene Einwilligung nicht grade auch wirklich oder in Wahrheit vorhanden gewesen zu sein. Denn a. ist die Einwilligung des Verletzten in das Verbrechen sowohl wirklich vorhanden als dem Thäter bekannt, so ist weder objectiv noch subjectiv ein Verbrechen oder eine Rechtsverletzung noch ein Recht vorhanden. b. Ist jene

1) §. 7. d. O., q. ex del. 4, 1. l. 76. pr. d. furt. 47, 2.

Digitized by Google

Einwilligung aber nicht wirklich vorhanden, die Ueberzeugung des Verletzers von derselben mithin irrig gewesen, so ist objectiv ein Verbrechen, eine Rechtsverletzung vorhanden. Dennoch aber kann dem Thäter dieses Verbrechen nicht zum rechtswidrigen Vorsatze zugerechnet werden, sondern höchstens zur Fahrlässigkeit. Denn jene Ueberzeugung des Thäters von der Einwilligung des Verletzten schließt den rechtswidrigen Vorsatz, z. B. beim furtum den affectus furandi (not. 1.) aus. c. Ist endlich jene Einwilligung (oder Verzichtleistung) des zu Verletzenden in die Verletzung dieses Rechts, (oder auf dieses Recht) wirklich vorhanden, dieses aber nicht mehr vorhanden und dieß dem Thäter unbekannt gewesen, so ist objectiv grade das fragliche (vollendete) Verbrechen und die Verletzung eines (nicht vorhandenen) Rechts unmöglich und nicht, wohl aber subjectiv, ein Verbrechen vorhanden. Da hier an dem Gegenstande, gegen welchen die gesetzwidrige Handlung gerichtet war, „eine" Rechtsverletzung (überhaupt) begangen werden konnte, nur nicht grade die hier beabsichtigte Verletzung dieses Rechts, so fragt es sich, ob dieser dritte Fall unter den Art. 27. des S. E. G. B. subsumirt werden kann oder muß. Die Worte des Art. sind unbedingt nicht nur nicht dafür, sondern dagegen. Eben so die Erklärung der Regierung zu Art. 27.:[2]) „Bei Abfassung der Art. 26. und 27. hat man zwischen den beiden Fällen unterschieden, wo das Verbrechen gegen eine Person, deren Rechte verletzt werden können, gerichtet ist (Art. 26.) und wo das Verbrechen gegen ein Object gerichtet ist, das gar nicht einer Rechtsverletzung fähig ist." (Art. 27.). Auch die von der Deputation der I. K. zu Art. 27.[3]) gegebenen Beispiele sprechen für jenen engern Sinn des Art. 27. Allgemeiner drückt dessen Inhalt das Württemberg'sche St. G. B. Art. 72. aus. 4) Darauf, ob die Einwilligung des zu Verletzenden in das Verbrechen von demselben erklärt sei oder nicht, ob stillschweigend oder ausdrücklich, ob dem Thäter oder andern Personen, darauf kommt hier im Strafrechte nichts an. Genug, wenn sie erweisbar und dem Thäter bekannt gewesen ist. Daß aber auch die stillschweigende Erklärung der Einwilligung, z. B. das längere wissentliche Dulden einer an sich verbotenen, öffentlich als solche auftretenden Verbindung durch die Staatsgewalt oder Regierung oder gar die Verleitung von Unterthanen zu Verbrechen, z. B.

2) Mitth. v. Landt. 1836/37. S. 391., oben.

3) L. A. Beil. z. II. Abth. I. Slg. S. 56. Mitth. S. 389.

Digitized by Google

zu Emeuten oder zu Aufruhr oder — wenn derselbe dem Gerüchte zu Folge erst beabsichtigt wird, zum Ausbruche desselben durch die Regierung und ihre Behörden (geheime Polizei in Frankreich), daß solche Einwilligung des zu Verletzenden in das Verbrechen dessen Begriff, Thatbestand und Strafbarkeit aufhebe,[4]) versteht sich von selbst. Jene Einwilligung muß aber 5) stets vor dem Verbrechen vorhanden sein. Denn ist dieß einmal verübt, dessen Begriff und Thatbestand einmal vorhanden, so ist auch das Strafrecht entstanden und begründet. Hier kann die nachfolgende Einwilligung des Verletzten (auch nicht der Staatsgewalt) den einmal vorhandenen Begriff und Thatbestand des Verbrechens nicht wieder aufheben, Strafloſigkeit aber nur bei den Verbrechen, welche nur auf Anzeige der verletzten Privatperson bestraft werden, und bei andern durch Begnadigung bewirken. Endlich 6) muß natürlich auch jene Einwilligung — wie im Civilrechte — das gewisse und bestimmte, dem Einwilligenden bekannte Recht und Verbrechen betreffen. Rechtlich unmöglich ist deßhalb dieselbe in der Regel bei den betrügerischen Handlungen (Cap. XIII. Art. 245—267.)

§. 251.

Unveräußerliche Rechte.

Nach den bisherigen Erörterungen würde die Einwilligung des Verletzten fast bei allen Verbrechen gegen alle Rechte aller Subjecte, auch gegen den Staat und die Staatsgewalt den Begriff und Thatbestand des Verbrechens aufheben. Allein von dieser allgemeinen Regel machen die sog. unveräußerlichen Rechte einzelner Privatpersonen sowohl als des Staats und der Staatsgewalt eine Ausnahme. Bei solchen Rechten ist nämlich eine Verzichtleistung auf dieselben in ihrer Totalität und eine Einwilligung in die Verletzung oder totale Vernichtung derselben rechtlich unmöglich, ungültig und daher einflußlos. (§. 42. ff.). Solche Rechte sind theils nach dem Vernunft-, theils nach dem positiven Rechte unveräußerlich. Hierzu gehören namentlich das Recht auf körperliche und geistige Integrität, auf Dasein und gleiche Freiheit und Thätigkeit, Persönlichkeit, Rechts-, Handlungs- und Erwerbfähigkeit des Staats, der Staatsgewalt sowohl als der einzelnen Privaten. Die, diese und dergleichen — besonders die in der Verfassungs-Urkunde vom 4. Septbr. 1831. §. 1. 2. 3. 4. 5. 6. 7. u. s. w. geheiligten Rechte

4) Meine Kritik des .. gegen die Leipziger Burschenschaft gespr. Urthels. Altenburg, 1839. S. 87. 88.

total vernichtenden oder aufhebenden Verletzungen oder Verbrechen werden durch die vorgängige ungültige Einwilligung des Verletzten in ihrem Begriffe und Thatbeſtande nicht aufgehoben, z. B. Hochverrath, Staatsverrath und andere Verbrechen gegen das Daſein oder die Verfaſſung und Freiheit des Staats, wohl auch Majeſtätsverbrechen; ferner Tödtung, Verſtümmelung, Zerrüttung der Geiſteskräfte und Verhinderung der Entwickelung derſelben u. ſ. w., alle Verbrechen gegen Leib oder Leben u. ſ. w. (C. G. B. Art. 81—88. 97—99. 125. 132., nr. 4. 137. 171, 1, 165, 1. 159. 161. 185. 179. 180. u. ſ. w.). In Bezug auf die Einwilligung der Privaten ſind dieſe Verbrechen, auf welche ſie keinen Einfluß hat, ganz gleich den ſog. öffentlichen Polizei- oder Geſetzes-Verbrechen.

§. 252.

d. Verletzung eines Rechtloſen.

Aus demſelben Grunde (§. 243.) enthält ferner die Verletzung eines wahrhaft Rechtloſen, wenn und wiefern es einen ſolchen giebt, oder eines theilweiſe Rechtloſen,[1]) inwiefern er es iſt, ſo wie überhaupt eines jeden nicht ſinnlich-vernünftigen Weſens keine Rechtsverletzung. Aber auch hier kann dieſelbe Handlung, welche in ihrer Richtung gegen einen Rechtloſen, keine Rechtsverletzung iſt, dennoch die Verletzung eines andern Rechts, eines andern Subjects, z. B. des Herrn eines Sclaven oder der Staatsgewalt enthalten. Ein zum Tode Verurtheilter iſt z. B. blos rechtlos der Staatsgewalt gegenüber, (nach dem poſitiven Rechte), nicht aber allen andern Menſchen oder privaten Staatsbürgern als Einzelnen gegenüber.[3]) Eben ſo iſt ferner ein feindlicher Soldat den privaten Staatsbürgern, den Nichtſoldaten gegenüber, nicht rechtlos. Wohl aber war nach römiſchem,[4]) nicht nach heutigem, Rechte der auf friſcher That ertappte Ehebrecher oder Frauenräuber dem Vater, Ehemanne ꝛc. gegenüber rechtlos, nämlich des Rechts auf Leben, nicht aber eines andern Rechts, ledig.

§. 253.

e. Nothwehr. 1) deren Grund.

Hierher gehört ferner E. die erlaubte oder rechtmäßige Selbſthülfe, Eigenmacht oder Noth — Wehr oder die Rechtsnoth, ver-

1) S. den beſondern Theil. oben, §. 48. S. 34.
2) R. A. v. 1589. T. 22. R. P. O. v. 1577. T. 28.
3) c. 13. 24. caus. 25. qu. 5. Geib, i. Arch. d. Crim. R. N. Folge, 1838. S. 579. u. d. dort angef. Luden, Ueb. d. Thatbeſt. S. 471. oben §. 50.
4) l. 20. ad l. Jul. d. adult. 48, 5. l. 27. pr. §. 1. eod. c. 4. eod.

Digitized by Google

schieden von der physischen und geistigen, Geistes-, Leibes-, Lebens- oder Gesundheits-Noth. (§. 246.). Der Grund der Nothwehr ist nicht die Aufhebung oder Suspension des Rechts (§. 245.), sondern blos das, in einem jeden Rechte enthaltene und einem jeden Inhaber eines solchen zukommende Zwangsrecht oder vielmehr die Nothwehr ist dieses Zwangsrecht und dessen, dem Inhaber des (Haupt-) Rechts zukommende, selbsteigne Ausübung selbst. (§. 87. 91. 92. 98—100. 140—142. 156. 157. 158.). In dem Staate nämlich muß jeder Staatsgenosse die Ausübung seines Urrechts des Zwanges an die Staatsgewalt übertragen, darf das Zwangsrecht nicht selbst, sondern nur durch die Staatsgewalt ausüben, insofern und wenn diese es ausübt und auszuüben im Stande ist. (§. 158.). Ist dieß letztere aber nicht der Fall, so darf natürlich auch im Staate ein jeder Berechtigte sein ursprüngliches, dann wieder auflebendes, nur bedingungsweise zur Ausübung der Staatsgewalt überlassenes, nicht abgetretenes Zwangsrecht selbst ausüben. Im Staate also ist der Grund der Nothwehr die Unmöglichkeit oder Unwirksamkeit der Ausübung des Zwangsrechts durch die Staatsgewalt oder das Gericht (die Obrigkeit) zur Aufrechthaltung, Verfolgung und Vertheidigung des Rechts; oder auch in der Suspension der Staatsgewalt oder des Staats. Der Grund der Nothwehr ist daher ganz verschieden von dem des Nothstandes. (§. 245.). Dennoch geben viele Strafrechtslehrer einen gemeinschaftlichen Grund der Nothwehr und des Nothstandes an.[1]) Eben so wenig ist Grund der Nothwehr, Nichtigkeit des Unrechts.[2]) Dieser beweist zu viel, nämlich die Erlaubtheit und Rechtmäßigkeit aller und jeder Selbsthülfe im Staate in allen Fällen gegen das Unrecht. Nach Luden[3]) besteht der natürliche Rechtfertigungsgrund der Nothwehr darin, daß Niemand die Verbindlichkeit habe, eine Verletzung in seinen Rechten zu erleiden, und daß ihm (Niemandem?) mithin das Recht zustehe, dem Angreifenden eine Verletzung zuzufügen, wenn diese das einzige Mittel ist, die Verletzung von sich selbst abzuwenden. Nach Luden[3])

9, 9. c. un. pr. d. raptu virg. 9, 13. l. 23. 32. 38. §. 7. l. 25. pr. §. l. 2. 3. ad l. Jul. d. adult. 48, 5. nov. 117. c. 15. P. G. O. Art. 142. 150.

1) z. B. Abegg, Lb. §. 107. S. 166. Marezoll, Lb. §. 24. S. 62. f.

2) Richter, Philos. Strafr. S. 135. ff. Heffter, Lb. §. 41. not. 2. S. 45. Herrmann, Zur Beurth. des Sächs. Entw. 1836. S. 143.

3) i. a. W. Ueb. d. Thatbestand, S. 480. 510, 1. in dem Capitel „von der verbrecherischen Willens bestimmung"!!

unterscheidet sich die Nothwehr vom Nothstande dadurch, daß in jener gar kein Recht verletzt werde, weil der Angreifende sich seiner Rechte soweit verlustig mache (?), als zur Vertheidigung nothwendig sei; in den Nothstande aber eine wahre Rechtsverletzung vorliege." Gewiß findet der umgekehrte Unterschied Statt.

§. 254.

2) Art. 70. des S. G. G. B.

Die Ueberschrift dieses Art. lautet: „Ausschließung der Strafbarkeit: b. im Falle der Nothwehr"; der Art. selbst aber: „Nicht strafbar ist diejenige Handlung, (I.) wodurch Jemand gegen (1) gewaltthätige (2) Angriffe (3) auf die Person oder das Eigenthum sich (4) vertheidigt (II.) oder Andern, welche (a) dergleichen (b) Angriffe von sich (c) abwehren (d) mit thätlicher Hülfe (e) beisteht (III.) oder (aa) die Person oder das Eigenthum (bb) eines Dritten gegen (cc) dergleichen (dd) Angriffe (ee) schützt, (5) insofern (6) die Art der (7) Vertheidigung (8) im gehörigen Verhältnisse zu der abzuwendenden (9) Gefahr steht (10) und nicht (11) Zeit und (12) Gelegenheit zu (13) andern, (14) dem Angreifenden oder Hülfeleistenden (15) nicht unbekannten Mitteln vorhanden ist, wodurch auf eine (16) ihm (17) unschädliche Art die (18) Absicht (19) des Angreifenden (20) vereitelt werden kann."

§. 255.

Anmerkungen zu Art. 70. des S. G. G. B. 1) gegen welche Angriffe?

1) Das in der I. K. vorgeschlagene Wort „unrechtmäßige" vor den Worten: „gewaltthätige Angriffe" wurde als sich von selbst verstehend nicht aufgenommen.[1]) Nur gegen widerrechtliche, nicht gegen rechtmäßige Angriffe, daher auch nicht gegen Nothwehr, wohl aber gegen Exceß der Nothwehr ist Nothwehr zulässig, mithin dann auch dem auctor rixae erlaubt. Unverschuldet aber braucht der Angriff von Seiten des Angegriffenen nicht zu sein.[2]) Aus dem Begriffe der Worte: „gewaltthätige", „Angriffe" und „Vertheidigung" folgt noch nicht, daß nur gegen active, affirmative oder positive, nicht auch gegen negative oder passive Gewalt oder Angriffe Nothwehr zulässig sei, wenn auch letztere seltner vorkommen. Eben so ist Nothwehr auch gegen psychologische oder compulsive Gewalt und Angriffe, wenn nur letztere selbst, denkbar und zulässig. 2) Da hier nicht, wie doch sonst fast stets

1) Mitth. v. Landt. 1836|37. S. 437. ff. P. G. O. Art. 132. 150. c. 6. ad l. Jul. de vi publ. 9, 12. P. G. O. Art. 139. 140.
2) Marezoll, Lb. §. 24. not. 3. S. 63.

Digitized by Google

im C. G. B., z. B. Art. 69. 72. 157. 163., das Wort: „gegenwärtige" (Angriffe) hinzugefügt ist, so ist Nothwehr auch gegen noch nicht wirkliche, nicht in Wirklichkeit bereits vorhandene, thätig begonnene, sondern auch gegen — nach hinreichender (§. 66.), subjectiver, concreter Ueberzeugung dessen, welcher angegriffen werden soll, nicht grade mit objectiver Gewißheit (§. 247.) — nur erst bevorstehende[3]) Angriffe zulässig. Eben so auch gegen bereits vollendete[4]) Angriffe, wenn der Grund der Nothwehr so wie deren Grenze und Bedingung vorhanden ist. (§. 254. nr. 5—20.). Denn die Worte: „Vertheidigung", „Vertheidiger", „Abwehren" sind nicht dagegen; im Gegentheil der Ausdruck: „schützen" dafür. „Laesio iam inchoata", „unvollendeter", „unvermutheter", „unverschuldeter" Angriff", so wie „ex continenti, nicht ex intervallo" sind daher keine ursprünglichen, sondern abgeleitete (Erkennungs-) Merkmale der Nothwehr, aber auch diese nicht immer.[5])

§. 256.

2) Gegen wessen Angriffe?

Endlich ist die Nothwehr gegen die Angriffe eines Jeden, auch obrigkeitlicher Personen, der Regierung und Staatsgewalt zulässig. Denn es ist keine subjective Beschränkung hinzugefugt. Ob auch Angriffe von Sachen, Naturkräften und Naturereignissen, z. B. von Wasserfluth, Feuer, oder ob blos Angriffe von Personen zu verstehen, ob mithin Nothwehr auch gegen erstere, nicht blos gegen letztere zulässig sei, ist zweifelhaft. Die Worte sind gegen die erstere Ansicht nicht. Denn auch eine objective Beschränkung der Angriffe ist in Art. 70. nicht hinzugefügt. Auch würde außerdem eine große Lücke im C. G. B. sein. Denn auch nach Art. 72. (im Nothstande und Art. 69.) ist Vertheidigung gegen, von Sachen und Naturkräften herrührende Angriffe und Gefahren nur dann straflos, wenn sie Leib oder Leben betreffen, nicht aber, wenn sie blos dem Eigenthume drohen und dessen

3) P. G. B. Art. 140. c. 1. quando liceat unicuique. 3, 27. c. 4. ad l. Corn. d. sicar. 9, 16.

4) A. M. ist in Bezug auf das S. C. G. B. Herrmann' i. a. W. S. 142. — Obige Ansicht selbst aber wird von ihm gebilligt. Eben so Anmerk. z. Baiersch. St. G. B. I. S. 314. Württemb. Art. 162. u. Motiven, S. 242. Wächter, Lb. I. S. 92. u. Arch. d. C. R. Neue F. 1834. S. 329. Dagegen Hepp, Theor. d. Jur. S. 35. Mittermaier, zu Feuerbach, §. 38. S. 64.

5) Meine Grundw. d. Proc. I. 1839. §. 95. S. 134. f. §. 99. S. 138. §. 100. S. 130.

Vertheidigung nöthig ist u. s. w. Allein gegen die Zulässigkeit der Nothwehr gegen Angriffe von Sachen und Naturkräften, nicht nur zur Vertheidigung der Person, des Leibes oder Lebens Art. 72., sondern auch des Eigenthums, streitet theils der Begriff und Grund der Nothwehr, theils auch im letzten Satze des Art. 70. die Worte: „die Absicht des Angreifenden." Dann würde aber nach dem S. C. G. B. die Verletzung oder Vernichtung oder Beschädigung fremder, dem eignen Eigenthume a. anders nicht abwendbare Gefahr bringender Sachen selbst dann (nach Art. 288.) strafbar sein, wenn auch b. außerdem jene fremden, c. die Gefahr verursachenden oder bringenden, verbreitenden, fortpflanzenden Sachen d. in gleicher Gefahr e. mit den eignen zugleich und gewiß untergegangen sein würden,[1]) z. B. bei einer nahen Feuersbrunst das Niederreißen eines zwischen derselben und dem eignen Hause stehenden Hauses[2]) oder bei einer Seegefahr das Werfen fremder Waaren aus dem Schiffe in's Meer zur Rettung eigner.[3]) Man müßte denn nach Art. 288. blos die boshafte oder muthwillige, nicht aber jede andere, wenn auch mit Bewußtsein und Willen der Widerrechtlichkeit vorgenommene Beschädigung fremden Eigenthums strafbar finden.

§. 257.

3) Gegen auf was? gerichtete Angriffe.

3) Gegen alle Angriffe auf die Person oder das Eigenthum, mithin gegen Angriffe auf alle Rechte ist die Nothwehr nach Art. 70. zulässig. Denn die Person oder Persönlichkeit und das Eigenthum sind nicht nur der Grund, Quell- und Centralpunkt[1]) aller andern Rechte der Privaten sowohl als der Staatsgewalt, jener unter sich sowohl als gegen diese, sondern enthalten auch alle andern Rechte, insbesondere die Person oder die Persönlichkeit auch das Recht auf Ehre. Auch gegen alle Ehrverletzun-

1) Nur unter diesen Bedingungen (a, b, c, d. e.), nicht so allgem., ohne sie, wie die Meisten angeben, ist nach gemeinem Rechte die Verletzung fremder Sachen straflos. l. 29. §. 3. ad l. Aquill. 9, 2. l. 7. §. 4. quod vi aut clam. 43, 24. Viel zu allgemein und unbestimmt ist daher Wächter, Lb. §. 56. S. 97. Nimmermehr aber ist die Rettung eigner Sachen erlaubt durch positive Vorrichtungen, Veränderungen des bisherigen Besitzstandes, der Lage der eignen und fremden Sachen, wodurch man diese erst in Gefahr bringt, die Gefahr von den eignen auf fremde ablenkt; nicht blos abhält, verhindert und unterdrückt. Luden, i. a. W. S. 512. not.

2) l. 49. §. 1. ad l. Aquill. 9, 2. l. 3. §. 7. d. incend. 47, 9.

3) l. 14. pr. d. praescr. verb. 19, 5.

1) Meine Prakt. Abhandl. aus d. heut. Röm. Priv. Rechte und Civ.proc. Abh. XXX. S. 226. ff.

Digitized by Google

gen ist daher Nothwehr zulässig. Herrmann[2]) fürchtet mit Unrecht, daß durch die Auslegung, als seien Angriffe auf die Ehre eines Menschen in den auf die Person mit enthalten, mehr in den Art. 70. gelegt werde, als in der Absicht des Gesetzgebers gelegen habe. Denn diese beschränkt Herrmann ohne allen Grund und Beweis derselben, durch eine ganz willkührliche Vermuthung. Die Worte des Art. 70. sind durchaus nicht gegen, sondern für jene Auslegung. Das Baier'sche Gesetzbuch Art. 129. gestattet Nothwehr gegen Angriffe auf Geschlechtsehre, (Nothzucht ꝛc.), das Württemb. bei gewaltthätigen Angriffen auf die Person mit Gefahr für Ehre. Art. 102. Ebenso der Baden'sche Entwurf Art. 78.; das Hannöver'sche Gesetzbuch Art. 83.[3]). Das Züricher, Art. 65., Luzerner Art. 67. und Basler Art. 2. sprechen nicht von Nothwehr bei Angriffen auf Ehre. Die Gründe gegen[4]) die Ehre als ein wahrhaftes Gut beruhen auf falschen Voraussetzungen, z. B. Feuerbach's Luden's u. s. w. Einwand, die verletzte Ehre könne allemal vom Staate auf dem Wege des Rechts wieder hergestellt werden. Denn dieß ist sehr oft falsch, z. B. bei Verläumdungen, oder bei Ehrverletzungen durch Unbekannte oder Fremde, Reisende u. s. w. Auch gegen wörtlich[5]) auszusprechende Ehrverletzungen ist Nothwehr sehr gut denkbar und sogar häufig bei schriftlich zu verbreitenden, wenn der zu Verletzende von ihnen vor der wirklichen Verbreitung Kenntniß erlangt.[6]) Die Aeltern beschränken die Nothwehr meist auf Realinjurien (und hier blos auf Personen hohen Standes und Officiere); z. B. Böhmer, Quistorp, Koch, Paalzow; auch neuerlich noch Grolmann. — Auch gegen Angriffe auf den Besitz ist Nothwehr gestattet,[7]) theils aus denselben Gründen (not. 1.), theils weil Angriffe auf den Besitz fast stets auch einen Angriff auf die Person oder das Eigenthum enthalten.[7]) Gegen alle Angriffe auf das Eigenthum unter allen Umständen und Bedingungen der Nothwehr, ist diese erlaubt. Ob auch dann, wie Herrmann i. a. W. S. 142. glaubt, wenn nach allen dem Angegriffenen be-

2) i. a. W. S. 141.

3) Hiefür sind auch Klein, Tittmann, Henke, Grattenauer, über d. Nothwehr, Breslau 1806. S. 98. Grävell, im N. Arch. d. C. R. III. S. 291—295. Herrmann, Heffter.

4) Püttmann, Feuerbach, Lb. §. 38. not. c. S. 63. Jarcke, Hdb. I. S. 149. Martin, §. 45. not. c., Hepp, Th. d. Zur. S. 29. Luden, i. a. W. S. 482.

5) Heffter, Lb. §. 43. not. 4. S. 57. Herrmann, i. a. W. S. 139. f.

6) Grävell, a. a. O. S. 291.

7) c. 1. unde vi. 8, 4. Meine Grundw. d. Proc. I. 1839. §. 94. S. 130. ff.

kannten Umständen Schadenersatz vom Angreifer zu erwarten war? Hiergegen[8]) dürften die Worte: „und nicht Zeit und Gelegenheit u. s. w." sein. Allein die Schlußworte: „wodurch auf eine ihm unschädliche Art die Absicht des Angreifenden vereitelt werden kann", beweisen die Zulässigkeit der Nothwehr auch hier.

§. 258.

Geschichte dieser Lehre.

Nach gemeinem Rechte ist die Frage, ob Nothwehr im Allgemeinen[1]) und auch bei Angriffen auf das Eigenthum[2]) zur Vertheidigung desselben zulässig sei, zu bejahen. In der Carolina Art. 139. 156. §. 1. ist „von Rettung des leibs oder lebens oder guts", im ältern sächs.[3]) Rechte „von Rettung des Leibes oder Lebens oder der Glieder", (§. 104. S. 92. §. 30. 31.) die Rede. Die Ansichten der Criminalisten theilen sich besonders in folgende drei: 1) Nur zum Schutze eines an sich oder unter den individuellen Umständen unersetzlichen Guts ist Nothwehr zulässig, (Böhmer, Carpzov, Feuerbach, Salchow), nach Böhmer nur dann, si ab homine ignoto et contra quem nullum suppetit auxilium iudicis, impetuntur und nicht bei unbeweglichen Sachen. Nach Tittmann darf jedoch auch bei dem Angriffe eines an sich ersetzlichen Rechts wenigstens kein unersetzliches Recht des Angreifers verletzt werden. 2) Der drohende Schaden muß bedeutend sein. (Koch, Paalzow, auch Böhmer). 3) Auf den Inhalt des angegriffenen Rechts kommt gar nichts an, selbst wenn es nur durch Tödtung des Angreifers geschützt werden kann. (Tengler, Layenspiegel, III. Art. 5. S. 122b., Ausg. v. 1532. Leyser, Hellfeld, Püttmann, Grolmann, Roßhirt u. s. w.) In neuern Zeiten unterscheiden einige zwischen eigentlicher und uneigentlicher Nothwehr, z. B. Grattenauer, Grävell, Henke.

§. 259.

Neuere Strafgesetzbücher.

In dem Baierschen Art. 127. ist die Nothwehr auch bei verbrecherischem Angriffe auf Güter, und nach Art. 129. gegen den auf

8) Auch das Württemb. St. G. B. Art. 103. Motiven dazu S. 243. ist dann dagegen.

1) l. 3. d. J. et J. l, l. 1. 4. pr. ad l. Aquill. 9, 2. l. 45. §. 4. l. 5. cod. l. l. §. 27. d. vi. 43, 16. c. l. unde vi. 8, 4.

2) Paul. rec. sent. V. 23. l. 9. ad l. Corn. d. sicar. 48, 8. l. 4. ad l. Aquill. 9, 2. Dagegen Luden, i. a. W. S. 483. n. 511. not. l.

3) Mand. wider d. Selbstrache v. 1712. §. 53. Mand. v. 3. Mz. 1615. (C. A. II. 1484.).

Digitized by Google

dem Diebstahl Ertappten oder den, der in eines Andern Besitzthum gewaltthätig einfällt, und gegen Gewaltthaten erlaubt, die auf Vernichtung oder Beschädigung des beweglichen oder unbeweglichen Eigenthums gerichtet sind. Ebenso das Württemberg'sche Art. 102., s. jedoch (§. 257. not. 8.) Art. 103. Im Code pénal Art. 329. ist Tödtung auch erlaubt, um den nächtlichen Angriff auf Maueneinfassungen oder gewaltsames Eindringen in das Haus zurückzutreiben. Der Badensche Entwurf Art. 82. sieht bei Nothwehr gegen Angriffe auf Eigenthum auch auf den Werth, den das bedrohte Gut hat.

§. 260.

Fortsetzung. 4) Vertheidigung.

Nur 4) „Vertheidigung" oder „Schutz" gegen Angriffe oder „das Abwehren" solcher, „Abwendung der Gefahr", „Vereitelung der Absicht des Angreifenden auf eine dem Angegriffenen unschädliche Art" oder kurz jede Noth-Wehr, jede Wehr in in Rechtsnoth, mithin nicht die Ahndung, Bestrafung, Rächung, Wiedervergeltung der Angriffe ist straflose Nothwehr. In der Regel wird daher diese allerdings nur gegen noch unvollendete Angriffe und nur sofort und sogleich (ex continenti nicht ex intervallo) statthaft, d. h. es wird außerdem in der Regel Zeit und Gelegenheit zu andern Mitteln vorhanden sein. Allein da, wie gesagt (§. 255. not. 4. 5.) die Angriffe, gegen welche die Nothwehr zulässig ist, im Art. 70. ganz unbestimmt gelassen, da dergleichen Beschränkungen: — „gegenwärtige", „unvollendete", „unvermuthete" u. s. w. Angriffe, oder „sofortige" Vertheidigung — gegen den gewöhnlichen, präsumtiv consequenten und absichtlichen Sprachgebrauch des C. G. B. (vergl. Art. 69. 72. 123. 134. „auf der Stelle"; Art. 157. 165. 166.) nicht hinzugefügt worden sind, so ist jeder Schutz gegen Angriffe Nothwehr, sobald er sich noch als Wehr, als Vertheidigung darstellt. Hiefür sprechen insbesondere noch die Worte: „Abwendung der Gefahr", und „Vereitelung der Absicht des Angreifenden auf eine dem Angegriffenen unschädliche Art", so wie der wiederholt erklärte Wille der Regierung,[1]) die Grenze der erlaubten Selbsthülfe möglichst wenig zu beschränken. Es ist ferner jede solche zur Vertheidigung verübte Handlung gegen den Angreifenden und jede Verletzung desselben, sowohl äußere, körperliche Gewalt als psychologische, com-

1) Mitth. v. Landt. 1836/37. S. 440.

Digitized by Google

pulsive oder Drohungen, ferner die Verletzung nicht[2]) nur der Person[2]) des Angreifenden, sondern jede dienliche eines jeden[2]) Rechts desselben straflos.[2])

§. 261.

Fortsetzung II. und III. Nothwehr für Dritte.

Es sind im Art. 70. drei verschiedene Arten der Nothwehr aufgestellt; nämlich I. Selbstvertheidigung; II. thätliche Beihülfe oder Unterstützung Andrer bei ihrer eignen Selbstvertheidigung; und III. Beschützung Dritter gegen gewaltthätige Angriffe auf ihre Person oder ihr Eigenthum, ohne Selbstthätigkeit und Selbstvertheidigung, ja, ohne Vorwissen[1]) der Angegriffenen. Eben so nach gemeinem Rechte.[2]) Die Frage, ob der Schutz im dritten Falle auch gegen den Willen des Angegriffenen zulässig sei, erledigt sich von selbst durch den Grundsatz: „volenti non fit iniuria" (§. 250.), wenn und inwiefern ein Einwilligender gar nicht im Zustande der Nothwehr sich befinden kann. Denn die Voraussetzungen und Bedingungen der Nothwehr — gewaltthätige Angriffe — müssen jedenfalls auch hier vorhanden sein. Verschieden von diesem dritten Falle ist die Verletzung eines dritten Unschuldigen bei der Ausübung der Nothwehr. Diese ist ebenfalls straflos,[3]) als eine Handlung, wodurch Jemand ... „sich vertheidigt". (Art. 70.). Nur muß sie nicht vorsätzlich sein.

§. 262.

5) Fortsetzung. Gerechtigkeit der Nothwehr.

Die im Art. 70. (§. 254. 5—9.) angegebene erste Regel der Nothwehr betrifft nur das Maaß oder die Grenze, die Verhältnißmäßigkeit oder Gerechtigkeit der Nothwehr, die Wahl der Art der Vertheidigung, ist keine Bedingung oder Voraussetzung der Nothwehr. Die Beurtheilung des „gehörigen Verhältnisses der Art der Vertheidigung zu der abzuwendenden Gefahr"[1]) muß natürlich nach der subjectiven und concreten Lage und Ueberzeugung des Angegriffenen geschehen. Auch „die Gefahr" ist stets nur subjectiv, nach der Ueberzeugung des Angegriffenen zu beurtheilen.

---

2) Hiergegen ist Luden, i. a. W. S. 484. Allein er verwechselt S. 485. die erlaubte Selbsthulfe mit der Nothwehr.

---

1) Deput.ber. d. I. K. L. A. Beil. z. II. Abth. I. Slg. S. 79.
2) l. 1. §. 4. ad l. Corn. d. sicar. 48, 8. P. G. O. Art. 150, §. V.
3) P. G. O. Art. 145., jedoch nur in strafrechtlicher Beziehung. l. 45. §. 4. ad l. Aquill. 9, 2.

---

1) l. 5. pr. ad l. Aquill. 9, 2. cap. 2. 18. X. d. homicid. 5, 12.

Digitized by Google

Es genügt daher auch eine nur muthmaßliche, wahrscheinliche, subjective, ja, selbst eine nicht wirklich vorhanden gewesene, von dem Angegriffenen aber wirklich geglaubte.[2]) Dann ist subjectiv Nothwehr vorhanden, objectiv nicht; objectiv eine Rechtsverletzung und ein Verbrechen, subjectiv aber (auf zurechenbare Weise) nicht. Ist aber objectiv wirkliche Gefahr, wirklich ein gewaltthätiger Angriff auf die Person oder das Eigenthum und eine wirkliche, bloße, gehörige Vertheidigung vorhanden, so kommt auf das subjective Wissen und Wollen des Angegriffenen nichts an. Denn selbst wenn er dann bei objectiv vorhandener Nothwehr die Absicht (mit oder allein) hat, eine Rechtsverletzung vorzunehmen, so ist dann immer nur subjectiv, objectiv kein (strafbares) Verbrechen vorhanden;[3]) (mindestens kein vollendetes).

§. 263.

Fortsetzung 10—20. Nothwendigkeit der Nothwehr.

Eine wahre und wirkliche Voraussetzung und Bedingung der Nothwehr ist am Schlusse des Art. 70. (§. 254. 10—20.) enthalten. Nach dem Verbindungsworte „und" kommt diese Bedingung der Nothwehr zu der im vorhergehenden Satze des Art. 70. angegebenen Grenze derselben cumulativ hinzu, so, daß der Art. 70. hauptsächlich zwei cumulative, nicht elective oder alternative Beschränkungen, 1) Gerechtigkeit oder Verhältnißmäßigkeit und 2) Nothwendigkeit der Nothwehr[1]) ausspricht. Allein sowohl in dem Entwurfe als in der von den Regierungscommissarien in der Deputation der I. K. vorgeschlagenen Fassung[2]) stand statt des Wortes „und" das trennende oder disjunctive: „oder". Nach diesem würden daher jene beiden Beschränkungen nicht copulative, sondern disjunctive oder elective, alternative sein. Es würde mithin das Vorhandensein nur einer von ihnen, auch der bloßen ersten und bei dem Mangel der andern in einem jeden einzelnen Falle zur Nothwehr genügen, diese mithin selbst dann begründet sein, wenn 1) die Art der Vertheidigung nicht im gehörigen Verhältnisse zu der abzuwendenden Gefahr steht und wenn nur nicht Zeit und Gelegenheit zu andern Mitteln ist; oder 2) wenn dieß letztere der

2) Mittheil. S. 437. ff. 2172. v. Hartitzsch, das C. G. B. 1841. zu Art. 70. nr. 5. S. 149. f. oben §. 66.
3) Hierg. ist v. Hartitzsch, das C. G. B. 1841. zu Art. 70. S. 150.

1) Deputat.ber. d. I. K. L. A. Beil. z. II. Abth. 1. Slg. S. 79. Mitth. S. 439. f. L. A. Beil. z. III. Abth. 1. Slg. S. 64.
2) L. A. Beil. z. II. Abth. 1. Slg. S. 79. ff. Beil. z. III. Abth. 1. Slg. S. 64. Mitth. S. 440.

Digitized by Google

Fall, Zeit und Gelegenheit zu andern Mitteln vorhanden ist, aber die Art der Vertheidigung im gehörigen Verhältnisse zu der abzuwendenten Gefahr steht. Allein die I. und II. K. vertauschten das Wort „oder" mit „und". Bei der Berathung in der I. K. äußerte die Regierung nicht einen Widerspruch[3]) oder ihr Nichteinverständniß, sondern nur ein (berathendes, consultatives) Bedenken gegen jene Vertauschung. Bei der (anderweiten) Berathung des Art. 70. in der Deputation der II. K., so wie in dieser selbst erwiederte die gegenwärtige Regierungscommission nichts mehr gegen jene Vertauschung. Und in dem Decrete vom 17. Novbr. 1837.[4]) erklärte die Regierung ausdrücklich ihr Einverständniß mit allen von den Ständen beantragten und genehmigten Abänderungen, mit Ausnahme von 19 Artikeln, unter denen jedoch der Art. 70. nicht war. Die Regierung hat auch denselben mit jener von der Ständeversammlung herrührenden Vertauschung bekannt gemacht. Hiernach ist dieselbe jedenfalls als übereinstimmender Wille aller Factoren der gesetzgebenden Gewalt zu befolgen. — Ob zu den Mitteln, wodurch die Absicht des Angreifenden auf eine dem Angegriffenen „unschädliche" Art vereitelt werden kann, auch die Flucht des Angegriffenen gehöre, — diese Frage dürfte wohl zu verneinen[5]) sein. Denn jedenfalls hat die Flucht moralischen oder intellectuellen Schaden für den Angegriffenen an seiner Ehre, den Vorwurf der Feigheit zur Folge. Natürlich erstreckt sich das ganz allgemeine und unbeschränkte Beiwort „unschädliche" auch auf diesen moralischen, nicht nur auf den materiellen oder pecuniären Schaden. — Die Absicht des Angreifenden braucht zur Nothwehr nicht erwiesen zu sein. Denn wer sich in derselben befindet, kann natürlich den Angreifenden nicht erst nach der Absicht fragen. Es reicht vielmehr hin, wenn diese aus den Umständen hervorgeht (oder von dem Angegriffenen geschlossen wird).

§. 264.

Art. 71. des C. G. B. „Excess der Nothwehr."

„Wer im Falle der Nothwehr die Grenzen der erlaubten Vertheidigung überschreitet, ist nach dem Verhältnisse des dem Ange-

3) wie Günther, d. n. C. g. 1838. zu Art. 70. S. 52. referirt.

4) L. A. Abth. I. Bd. 3. S. 125. ff.

5) Hiergegen ist auch nicht P. G. O. Art. 140. Zu allgemein ist von Hartitzsch's (C. G. B. zu Art. 70. S. 156.) und die Aeußerung in L. A. Beil. z. III. Abth. 2. Slg. S. 163. „Selbst eine wirklich vorhandene Gefahr rechtfertigt die Nothwehr nicht, wenn der Angegriffene Zeit und Gelegenheit gehabt, ihr zu entgehen."

Digitized by Google

griffenen dadurch zugefügten Uebels, unter Berückſichtigung der eigenthümlichen Lage des Angegriffenen und der Umſtände, unter welchen die Ueberſchreitung begangen worden, ſo wie der Perſönlichkeit des Angegriffenen und Angreifenden nach richterlichem Ermeſſen zu beſtrafen." Dieſer Exceß (deculpata tutela, excessus defensionis) [1]) der (erlaubten) Nothwehr (moderamen, moderatio inculpatae tutelae) iſt noch verſchieden von der ſtrafbaren Selbſthülfe (S. C. G. B. Beſ. Theil, X. Cap. Art. 204—205.) ſo wie die Nothwehr ſelbſt von der erlaubten Selbſthülfe [2]). Wenigſtens iſt erſtere nur eine Art der letzteren als Gattung. Aber beſſer betrachtet man ſie als coordinirt und verſchieden. — Uebrigens iſt die Nothwehr in allen neuern Strafgeſetzbüchern als Grund der Aufhebung der Strafbarkeit — nur mit verſchiedenem Umfange — anerkannt. Oeſterr. I. Art. 127. Preuß. Landr. II. 20. Art. 820. Baier. Art. 127. Würtemb. Art. 102. Der Code pénal handelt von derſelben nur bei der Tödtung, Art. 328.

§. 265.

2) Widerſtreit mit dem Rechte des Verletzten oder dem Strafgeſetze.

Zum Begriffe und Weſen eines Rechts- ſowohl als Geſetzes- (§. 227.) oder Polizei- (§. 226.) Verbrechens gehört ferner 2., daß aus der verletzenden oder verbrecheriſchen Handlung ein a) praktiſcher, realer und wirklicher, nicht ein blos möglicher oder nothwendiger oder wahrſcheinlicher, ferner ein b) objectiver und objectiv in der äußern Sinnenwelt und außer dem Thäter erſcheinender und erkennbarer (§. 69—71. §. 269.), nicht ein blos ſubjectiver Widerſpruch oder Widerſtreit, eine Colliſion mit dem Rechte des Andern oder der Rechtspflicht des Thäters, — beſſer mit dem Rechts- oder vielmehr Straf-Geſetze oder mit dem Ge- oder Verbote der That (§. 218. S. 192.) entſtehe. Dieſes Erforderniß, eine wirkliche, objective Verletzung eines Rechts (mindeſtens der Staatsgewalt) oder eines Strafgeſetzes, oder eines Ge- oder Verbots oder die vollſtändige Form des Verbrechens (§. 217.) iſt auch zu dem bloßen ſtrafbaren Verſuche, wie zu allen Verbrechen, auch zu den Rechts-Verbrechen (§. 226. 219. 171.), und zu den ſog. vagen (§. 233.) z. B. zu den Ehrverletzungen,

1) l. 5. pr. ad l. Aquill. 9, 2. cap. 2. 18. X. d. homic. 5, 12. P. G. O. Art. 142., verſchieden von dem Mangel des Rechts zur Nothwehr an ſich; (nudus defensionis praetextus). Aeltere (Carpzov) unterſchieden fälſchlich zwiſchen excessus defensionis und excessus inculpatae defensionis. —

2) S. über dieſe ausführlich Meine Grundw. d. Proc. I. 1839. § 98. ff. S. 136. ff.

Digitized by Google

Fälschungen, dem Hochverrathe, Landfriedensbruche u. s. w. wesentlich nöthig [1]); ferner zu dem Versuche in Art. 27. des S. C. G. B., „wo an dem Gegenstande eine Rechtsverletzung nicht begangen werden konnte," endlich bei dem Versuche „mit völlig untauglichen, irriger Weise oder aus Mangel an Einsicht gewählten oder in unzureichender oder unzweckmäßiger Art angewendeten Mitteln." (Art. 26.). [2]) Wegen des Mangels einer solchen wirklichen objectiven Verletzung einer Rechtspflicht „unterliegen daher Handlungen, wodurch die Ausführung eines beabsichtigten Verbrechens erst vorbereitet wird, keiner Strafe, insofern sie an sich selbst nicht strafbar sind." (Art. 29.) [3]). — Liegt aber ein solcher äußerer, objectiver Widerstreit der Handlung, des Willens des Thäters mit dem Rechte und Gesetze nicht vor, ist das rechtswidrige Wollen und Handeln bereits von dem Thäter selbst aufgegeben, freiwillig vernichtet und dem Gesetze und Rechte gemäß geändert worden, so ist der Grund und Zweck des Strafrechts — Aenderung des rechtswidrigen Willens, Triebes und Handelns in ein dem Rechte gemäßes durch Zwang oder Strafe nicht vorhanden und wirksam. Dennoch ist nach Art. 28. des S. C. G. B. ein Verbrecher, der von einem bereits begonnenen verbrecherischen Unternehmen, ohne durch äußere Umstände gehindert worden zu sein, freiwillig wieder absteht, strafbar [4]).

§. 266.

3) ohne Recht.

Zum Begriffe und Wesen eines Verbrechens gehört nicht nur die Verletzung eines Rechts (oder Gesetzes) eines Andern, sondern auch Widerrechtlichkeit auf Seiten des Thäters selbst oder 3) daß dieser kein Recht und keine Rechtspflicht zu seiner Handlung gehabt habe. Außerdem ist dieselbe, ungeachtet sie ihrer äußern Erscheinung nach dem Rechte und Gesetze widerstreitet, dennoch, insofern sie innerhalb der Grenzen jenes Rechts und der Rechtspflicht

---

1) P. G. O. Art. 178., vergl. mit Art. 109. 115. 119. 130—134. 156. 137. 146—149. 157—162.

2) Ebenso Württemb. Art. 72. Luzern, Art. 88. Hannover, Art. 40. Badenscher Entw. Art. 98.

3) Ebenso Code pénal, Art. 2. Württemb. St.g.b. Art. 63. Luzern, Art. 34. Badenscher Art. 91. u. Hess. Entw. Art. 60. Dagegen Preuß. L. R. II. 20. §. 39—44; Baiersch. St. G. B. Art. 60—62. Zürich. Art. 43., Basel, Art. 11.

4) Nach dem Preuß. L. R. II. 20. §. 43. Baiersch. St.g.b. Art. 58. Württemb. Art. 73. u. Badenschen Entw. Art. 105. erhält er Anspruch auf Begnadigung; nach dem Vaf'ler, §. 15. cerectionelle, nach dem gemeinen (Paul. sent. rec. V. 23. §. 3. l. 14. pr. ad. l. Corn. d. fals. 48, 10. P. G. O. Art. 178.) gar keine Strafe.

Digitized by Google

vorgenommen worden iſt, keine Rechtsverletzung und kein Verbrechen. l. 13. §. 1. d. iniur. 47, 10. „Is, qui iure publico utitur, non videtur iniuriae faciendae causa hoc facere; iuris enim executio non habet iniuriam.“ l. 155. §. 1. d. R. J. 50, 17; „non videtur vim facere, qui iure suo utitur.“ l. 116. eod.: „iure non capitur, qui ius publicum sequitur.“ l. 55. eod.: „Nullus videtur dolo facere, qui iure suo utitur.“ l. 151. eod.: „Nemo damnum facit, nisi qui id facit, quod facere ius non habet.“ [1]) Daher ſind verfaſſungs- oder geſetzmäßige [2]) Verletzungen durch die Staatsgewalt, Staatsbehörden oder Unterthanen keine Rechtsverletzungen. Daher keine Nothzucht des Ehemanns an ſeiner Ehefrau, keine Entführung derſelben durch jenen u. ſ. w. Vergl. Art. 145. 155. 168. 277. des C. G. B.: „ohne Recht,“ „ohne ein Recht dazu zu haben.“ Eben deshalb iſt ferner (nach *poſitivem* Rechte) kein Verbrechen die Tödtung eines zum Tode Verurtheilten durch den Scharfrichter auf Requiſition des zuſtändigen Gerichts und unter den übrigen rechtmäßigen Vorausſetzungen, [3]) Gefangennehmung durch Gerichts- und Polizeidiener, (ſ. jedoch C. G. B. Art. 155.) Tödtung von Soldaten durch Soldaten in der Schlacht; Auspfändung durch Executoren.

§. 267.

Ohne verbindlichen Befehl.

Insbeſondere ſind daher alle auf einen *vollkommen verbindlichen Befehl* [1]) **vorgenommene Handlungen weder widerrechtliche oder rechtverletzende Handlungen noch Verbrechen des *Gehorchenden*, wenn auch eines Andern, z. B. des Befehlenden. Deswegen irrt *Luden* doppelt (i. a. W. S. 411. 511.), wenn er ſagt, im Nothſtande (ſ. oben §. 245.) oder auf Befehl verübte Handlungen ſeien dennoch widerrechtliche. Nur in wirklichen *Subordinationsverhältniſſen der Staatsdiener*, und Soldaten hebt ein Befehl die ſtrafrechtliche Verantwortlichkeit auf. Auch muß der Befehl nach Inhalt und Form als *Geſetz* erſcheinen, nicht freiwillig übernommen,** [2]) **und der Befehlende als hierzu berechtigt vom *Staate* anerkannt ſein, (z. B. der Pabſt, Biſchöffe). Dennoch aber**

1) l. 9. d. S. P. U. 8, 2. l. 23. §. 12. l. 26. d. damno inf. 39, 2.
2) c. 13. 14. C. 23. qu. 5. P. G. O. Art. 150. §. Mehr, ſo eyner.
3) can. 13. vergl. mit 14. Caus. 25. qu. 5.

1) l. 4. 167. §. 1. d. R. J. 50, 17. l. 169. pr. 157. eod. l. 37. pr. ad l. Aquill. 9, 2.
2) c. 93. C. 11. qu. 3. widerſpricht nicht den not. 5. angef. Stellen.

Digitized by Google

muß man Gott mehr gehorchen als den Menschen. Nur schützt dieser Grundsatz nicht vor der Strafe der Staatsgewalt (S. C. G. B. Art. 68, a. E.) Eine Pflicht zum unbedingten Gehorsame der untern Staatsbehörden, Unterthanen, Soldaten u. s. w. giebt es jedoch nicht. Deshalb ist stets die Rechtmäßigkeit, Gesetzlichkeit und Verbindlichkeit des Befehls, sowie insbesondere die Zuständigkeit und das Recht des Befehlenden von dem Gehorchenden, namentlich aber vom Richter die Verfassungs- und Rechtmäßigkeit eines jeden Gesetzes und einer jeden Verordnung, besonders in constitutionellen Staaten, vor der Anwendung und Vollstreckung zu prüfen. [3]) Außerdem ist der Gehorchende und Richter nicht schuldig, den Befehl und das Gesetz auszuführen und daher auch verantwortlich. Das Baiersche St. G. B. erklärt nur den vorgesetzten Beamten strafbar, wenn er eine Handlung befohlen hat, die nur als Mißbrauch, Ueberschreitung oder Verletzung der Amtsgewalt strafbar ist. Gleiches wird nach dem S. C. G. B. anzunehmen sein, da es von auf höhern Befehl vorgenommenen Rechtsverletzungen und deren Strafbarkeit oder Strafloſigkeit ganz schweigt. Das Württembergsche St. G. B. Art. 403. verweist auf die Verf. Urk. §. 53. und darauf, ob der Gehorchende in Verhältnissen war, in denen er zu gehorchen schuldig war. — Heffter rechnet den verbindlichen Befehl unter die Gründe, durch welche die Zurechnungsfähigkeit aufgehoben werde (Lb. §. 57. not. 6. S. 73.), Martin unter die Fälle, in welchen verbrecherisches Thun oder Unterlassen ausnahmsweise völlig rechtmäßig sei (Lb. §. 44. not. 5. 6. S. 98.); Wächter [4]) (Lb. I. §. 60. S. 105.) und Abegg (Lb. §. 105. S. 165.) zu den Gründen, welche die Rechtswidrigkeit der Handlung aufheben; Luden (i. a. W. S. 517.) zu den, welche die verbrecherische Willensbestimmung, also die Zurechenbarkeit der Handlung zum Verbrechen — aufheben, wie der von ihm getadelte Heffter! (S. oben §. 218. S. 189. ff.). Abeggs und Wächters [4]) Stellung ist die allein richtige. Ein jedes Recht muß sich im Staate auf ein positives Gesetz stützen. Dieses, folglich das Recht selbst, mithin die Rechts- und Gesetzwidrigkeit hebt der Befehl als neueres Gesetz auf, nicht aber allemal die verbrecherische Willensstimmung. Der Beamte kann die Befehle seines Obern als solche, dennoch

3) S. Meine Theorie der Auslég. constitut. Ges. in constit. Staaten, Lpz. 1841. §. 15. not. 1.

4) Wächter aber auch noch zu den Gründen, welche die Zurechenbarkeit ausschließen. Lb. §. 63. not. 30. S. 112. Dieß übersieht Luden, i. a. W. S. 516.

Digitized by Google

mit verbrecherischer Willensstimmung vollbringen. Der (vollkommen nicht verbindliche) Befehl kann aber auch die Zurechenbarkeit [5]) aufheben und auch aus diesem, folglich aus einem doppelten Gesichtspunkte betrachtet werden. Grade eben so der Nothstand. Dieß übersieht Luden. Daher steht von den beiden fast ganz gleich lautenden Art. 69. und 72. des S. C. G. B., jener unter den Gründen, welche die Zurechenbarkeit, dieser unter denen, welche die Strafbarkeit ausschließen, derselbe Grund unter verschiedenen Gesichtspunkten. Sehr mit Recht.

§. 268.

Vorsätzliche Ausübung eines Rechts.

Die Ausübung eines Rechts oder einer Rechtspflicht wird selbst dann nicht strafbar, wenn der Thäter, der Berechtigte oder Verpflichtete, vorausgesehen und gewußt, ja, auch wenn er gewollt hat, daß durch die Ausübung seines Rechts oder seiner Rechtspflicht das Recht eines Andern verletzt, diesem Schaden zugefügt wird. [1]) Nur wenn der Handelnde dieß allein beabsichtigte [1]) und er selbst keinen Vortheil hat, nur dann wird er civilrechtlich, aber wohl immer noch nicht criminalrechtlich, verantwortlich. Denn es fehlt dann das objective Erforderniß der Widerrechtlichkeit zu einem Verbrechen. Hiergegen ist auch nicht Art. 31. des S. C. G. B. a. E. (s. unten). „Denn — die Anfangsworte des Art. beweisen, daß zum Vorhandensein eines dolosen Verbrechens „eine mit Vorsatz verübte gesetzwidrige Handlung" erforderlich ist. Daraus folgt, daß kein doloses Verbrechen vorliegt, wenn der Thäter eine erlaubte Handlung vorgenommen, ungeachtet er den eingetretenen rechtswidrigen Erfolg vorausgesehen hat. Es ist jedoch dieser Satz nur mit Einschränkung zu verstehen, und insonderheit der Thäter, dafern nachgewiesen werden kann, daß er die an sich erlaubte Handlung in der Absicht vorgenommen, den rechtswidrigen Erfolg her-

5) nämlich die Urtheils- und Willens-Kraft oder Freiheit des Gehorchenden, mithin auch die Strafbarkeit, selbst wenn er nicht verbindlich ist, aber doch imponirt. l. 4. 157. pr. d. R. J. 50, 17. l. 3. §. 4. d. his, qui not. 3, 2. l. 17. §. 7. d. iniur. 47, 10. l. 20. d. O. et A. 44, 7. c. 8. ad l. Jul. d. vi. 9, 12. c. 2. d. sep. viol. 9, 19., auch nach Sächs. C. G. B. Art. 69.: „wenn er begründete Besorgniß gegenwärtiger unabwendbarer Gefahr für Leib oder Leben erregt". Vergl. noch Verf. Urk. v. 4. Septbr. 1831. §. 42.

1) l. 1. §. 11. 12. d. aq. et aq. pluv. arc. 39, 3. l. 38. in f. d. R. V. 6, l. 1. 24. §. 12. d. damno inf. 39, 12. Schweppe, d. h. Röm. R. 1. 4. Aufl. 1828. §. 146. not. 4. 7. S. 311.

beizuführen, als doloſer Verbrecher zu betrachten und zu beſtrafen." Allein der letzte Satz in dieſer Erläuterung von Hartitzſch's[2]) iſt höchſtens mit der Einſchränkung richtig, wenn der Thäter jene alleinige und ausſchließliche Abſicht hat. Denn hat er dieſe zwar mit, allein er hat auch die Abſicht, ſein Recht auszuüben und ſich hierdurch einen Vortheil zu verſchaffen, ſo iſt er nicht ſtrafbar, wenn er nur alles dasjenige that, wozu er berechtigt war, und nur ſein Recht ausübte. Jene Abſicht iſt allerdings rechtswidrig, allein eine innere, ſubjectiv geblieben, nicht objectiv, äußerlich geworden. Denn der Thäter hat nichts Beſonderes zur Ausführung dieſer Abſicht gethan. Die äußerlich erſcheinende Handlung war eben nur der Ausfluß und die Ausübung eines Rechts. —

§. 269.

4) Allgemeine Rechts-Thätigkeit.

Eine jede Rechtsverletzung und ein jedes Verbrechen muß aber auch natürlich außer den hier in §. 243—267. angegebenen, eigenthümlichen oder beſondern, die generiſche Differenz eines Verbrechens von einer Rechtshandlung überhaupt (§. 49—72.) bildenden Erfoderniſſen, auch noch alle einzelnen, allgemeinen, objectiven (und ſubjectiven) Merkmale allgemeiner Rechtsthätigkeit (§. 49—72.) haben, von welcher als Geſchlechtsbegriff das Verbrechen eine Art oder Gattung iſt. Zu einem jeden Verbrechen gehört daher auch weſentlich: I. Realität oder Daſein eines handelnden Subjects; (Realprincip des Rechts), II. praktiſche oder formale Thätigkeit deſſelben; (oberſtes Materialprincip des Rechts); III. die Realität von etwas Objectivem außer ihm, auf welches, und der äußern Sinnenwelt, in der er praktiſch einwirke; IV. die urſprüngliche Doppelheit (Synthetismus) des Subjects (I.) und Objects; (II.) V. die Gemeinſchaft oder Wechſelwirkung (Syntheſe) des Subjects und Objects oder die Möglichkeit der Einwirkung des erſtern auf letzteres. (§. 64. S. 47. §. 65. S. 49.). Andere objective Erfoderniſſe allgemeiner Rechtsthätigkeit — folglich auch des Verbrechens — ſind VI. Beiſammenleben mehrerer Menſchen (Perſonen, Rechtsſubjecte) in der äußern Sinnenwelt; §. 49.); VII. phyſiſche und pſychiſche Möglichkeit dieſes Zuſammenlebens (§. 50. und §. 245.); VIII. eine Thätigkeit; IX. des Körpers und Sinnes; [X. des Geiſtes; XI. des praktiſchen Vermögens; XII. und zwar des Willens, (d. h. XIII. des intellec-

2) S. C. G. B. 1841. S. 69. Richtiger Krug, Studien, I. S. 57. I.

Digitized by Google

tuellen Willens)], ferner XIV. eine äußere und XV. formale Thätigkeit (§. 50—72.). Die unter X—XIII. angeführten Erforderniſſe eines Verbrechens gehören jedoch auch zu den ſubjectiven im weitern Sinne.

§. 270.

5) Eine eigne Handlung des Verbrechers.

Von dieſen, bereits oben in §. 49—72., auch mit beſondrer Rückſicht auf das Strafrecht, dargeſtellten Erforderniſſen einer Rechtshandlung verdienen einige noch einige nachträgliche Erörterungen. Insbeſondere iſt hier noch hervorzuheben, daß nur eine eigne [1]) Thätigkeit des Handelnden oder Rechtsverletzers, nicht eine fremde oder inſofern ſie fremd iſt, weſentliches Erforderniß oder Beſtandtheil, weſentliche Vorausſetzung oder Bedingung einer Rechtsverletzung oder eines Verbrechens iſt. Daher iſt die bloße Genehmigung eines (von einem Andern oder von dem Genehmigenden ſelbſt) bereits herbeigeführten rechtsverletzenden Erfolgs, ja, auch die bloße Genehmigung eines von einem Andern erſt auszuführenden Verbrechens noch keine Rechtsverletzung und noch nicht ſtrafbar, ſelbſt wenn ſie erklärt wird; ſie müßte denn unter Art. 33. 36. 37. 38. 39. oder 40. des S. E. G. B. fallen. Hiergegen iſt nicht: „In maleficio ratihabitio mandato comparatur“. [2]) Wohl aber verſtößt hiergegen das Urthel in §. 244. a. E. Jede fremde Handlung und jeder Erfolg einer fremden Handlung iſt im Strafrechte Zufall (unten). Deßhalb iſt bei Tödtungen im Handgemenge jeder Theilnehmer nur nach Verhältniß deſſen, was er ſich zu Schulden gebracht, zu beſtrafen. (S. E. G. B. Art. 124.). Hiervon iſt zum Theil derſelbe Art. 124. und Art. 136. eine Ausnahme, mit der genau das Römiſche Recht [3]) übereinſtimmt.

§. 271.

6) Aeußere Thätigkeit.

Zur verbrecheriſchen Thätigkeit gehört auch weſentlich, daß ſie und zwar ſie ſelbſt, grade ſie, durch ſich ſelbſt und an und für ſich ſchon allein, ohne eine andere oder wenigſtens nicht blos durch

1) Luden, Abh. aus dem Strafr. II. 1841. S. 205. Für eine ſolche gilt die durch Körpergewalt (wohl aber die durch pſychiſche) erzwungene nicht. S. oben §. 28. 33. 34. 52.

2) l. 152. d. R. J. 50, 17. l. 3. §. 14. de vi 43, 16. Luden, S. 253. ff.

3) l. 17. ad l. Corn. d. sic. 48, 8. l. 11. §. 2. 3. l. 15. §. 1. l. 51. pr. §. 1. 2. ad l. Aquill. 9, 2. P. G. O. Art. 148. Ziemlich übereinſtimmend iſt Pr. L. R. II. 20. §. 829. 848. Oeſterr. Art. 126. Baierſches Art. 154. Züricher Art. 151. Luzerner Art. 178. Sicilianiſche Geſ. B. v. 1819. Art. 399. 390. Beſſer das Württemb. Art. 248. Baden. Art. 210.

Digitized by Google

eine andere Handlung, eine äußere oder äußerlich erkennbare ſei. Z. B. A. findet eine goldene Cylinderuhr, nimmt ſie einſtweilen an ſich, um den Eigenthümer ausfindig zu machen und ihm die Uhr zurückzugeben. Er erzählt dieſen Fund dem B. Den andern Tag faßt er bei ſich den Entſchluß, die Uhr ſich anzumaaßen, oder zu verkaufen, ohne hierbei mit ihr irgend Etwas vorzunehmen, ſie zu ergreifen, wegzulegen u. ſ. w. Den dritten Tag erzählt er dem C. dieſen ſeinen geſtrigen Entſchluß. — Hier ſind ſcheinbar alle Erforderniſſe der Vorenthaltung des Gefundenen nach Art. 241. des S. C. G. B. vorhanden und äußerlich erkennbar. Allein die dritte hier erwähnte Erzählung gehört gar nicht zum Thatbeſtande dieſer Vorenthaltung, ſie iſt dieſer ganz fremd und zufällig. Sie iſt ein bloßes Beweismittel, ein außergerichtliches Bekenntniß; kein weſentlicher Theil des Verbrechens. Die Thatſache der Findung ſelbſt ebenfalls. Dieſe iſt allerdings eine weſentliche Vorausſetzung der Möglichkeit der ſtrafbaren Vorenthaltung des Gefundenen, aber kein weſentlicher Beſtandtheil dieſer letztern ſelbſt. Sie iſt auch in obigem Falle nicht etwa der (noch ſo entfernte) Anfang oder die Vorbereitung der ſtrafbaren Vorenthaltung. Dieſe beginnt erſt mit dem (rechtswidrigen) Entſchluſſe, zu deſſen Zeit die Findung eine förmlich der Vergangenheit angehörende, vollendete, erlaubte Handlung war und natürlich blieb. Nun kann eine ſpätere nicht durch eine frühere Handlung äußerlich werden. Eine frühere, vergangene erlaubte Handlung kann auch nicht durch eine ſpätere unerlaubt, ja, nicht einmal ein weſentliches Mit-Erforderniß der Strafbarkeit oder Unerlaubtheit oder ein (Beſtand-) Theil der ſpätern, unerlaubten Handlung werden. Die Weſentlichkeit der Findung zur ſtrafbaren Vorenthaltung des Gefundenen iſt keine innere, keine materielle, ſondern nur eine zeitliche, oder chronologiſche, ſo wie allgemein die Vergangenheit vor aus gehen muß der Zukunft. Durch die Thatſache der Findung iſt alſo eine eigentliche ſtrafbare Vorenthaltung des Gefundenen ebenfalls nicht äußerlich geworden. Nun bleibt vom ganzen obigen Falle nichts weiter mehr, als der innere Entſchluß, die Faſſung der Abſicht, die Uhr zu verkaufen, folglich gar keine äußere Thatſache oder äußerlich erkennbare Handlung. Man könnte ſagen,

1) Ein unbegreiflicher Widerſpruch Ludens Abh. II. Ueb. d. Thatbeſtand, 1840 iſt S. 113 die Behauptung: „Der Grund davon, daß der Gedanke dem Gebiete des Rechts nicht anheim falle, liegt nicht blos darin, daß er äußerlich nicht erkannt und nicht bewieſen werden kann", und S. 401.: „die äußere Erſcheinung iſt blos das Beweismittel u. ſ. w.

die Innehabung der gefundenen Sache sei äußerlich. Allein diese, welche weit früher, vor jenem Entschlusse Statt gefunden hat, macht mit diesem nicht eine Handlung aus. Denn sonst hätte jene nicht ohne diesen und vor diesem bereits Statt finden können. Ueberdieß hatte sie ihren besondern Entschluß, Zweck oder Willen. Jedenfalls war sie bis zu jenem Entschlusse eine erlaubte. Sie blieb auch nach jenem Entschlusse immer noch ganz dieselbe, von derselben Beschaffenheit und Eigenschaft, wie vorher, ohne alle Veränderung. Folglich kann auch sie durch den spätern, für sich bestehenden, in keiner nothwendigen Einheit mit ihr stehenden Entschluß nicht unerlaubt werden. Nur dieser ist unerlaubt. Eine Rechtsverletzung, ein Verbrechen besteht nicht (nur) aus subjectiven, sondern auch aus objectiven Erfodernissen. Ja, noch mehr. Zu einer (zurechenbaren und strafbaren) Rechtsverletzung gehört noch mehr. Sie muß schon blos objectiv, äußerlich, real, ein Recht verletzen, abgesehen von allem Subjectiven und ohne alles Subjective. (§. 265.). Die bloße Innehabung des Gefundenen — ohne obigen rechtswidrigen Entschluß, vor diesem — ist objectiv, an und für sich nicht rechtverletzend, nicht unerlaubt, folglich auch objectiv nicht nach jenem Entschlusse, da sie objectiv ganz dieselbe bleibt. Kurz, zu einer Rechtsverletzung, ja, zu jeder Rechts-Handlung gehört eine Veränderung[2]) im Objectiven, in der äußern Sinnenwelt, außerhalb des Handelnden. Die bloße Veränderung des Subjectiven im Handelnden macht noch keine praktische Rechtshandlung, keine Rechtsverletzung aus, wenn alles Objective und die ganze äußere Sinnenwelt sich ganz gleich bleibt, unverändert, nicht durch jene Veränderung des Subjectiven mit verändert wird. Aus diesem allen ergiebt sich, daß im obigen Falle keine strafbare Vorenthaltung des Gefundenen, eine solche namentlich objectiv nicht, daß vielmehr blos ein hierauf gerichteter Vorsatz, A. also auch straflos war, schon nach dem allgemeinen Begriffe einer Rechtshandlung und Rechtsverletzung, a priori. Aber auch a posteriori. Denn gesetzt, A. hätte in obigem Falle später am 4. Tage die Uhr dem Eigenthümer, bei der Fortdauer jenes Entschlusses, zurückgegeben oder — diesen Entschluß nur wieder

2) Auch in der Rechtsregel: „cogitationis poenam nemo patitur", (l. 18. d. poen. 48, 19. oben §. 53.) bedeutet cogitatio nicht die bloße, gar nicht äußerlich erkennbar gemachte Absicht, sondern auch das objectiv nicht Verletzende, Wirkende. Es wäre mehr, als unpassend, eine physische Nothwendigkeit oder Unmöglichkeit als Rechtsregel auszusprechen. c. 6. pr. d his, qui ad eccles. I, 12.

Digitized by Google

aufgegeben oder in den frühern Entschluß verwandelt, so würde natürlich noch viel unzweifelhafter keine strafbare Rechts- oder Gesetzesverletzung, kein Verbrechen, keine Vorenthaltung des Gefundenen vorliegen. Bloße Entschlüsse können stets wieder aufgehoben, vernichtet, nicht geschehen gemacht werden, Verbrechen, Rechtsverletzungen, wenn und da sie auch objectiv sind und sein müssen, nicht. (§. 69.). Deßhalb kann man auch jenen Satz allgemein umdrehen: Alle Handlungen, welche, wenn und so lange sie wieder gänzlich vernichtet, aufgehoben, ungeschehen gemacht werden können, sind weder Rechts-Handlungen, noch Rechtsverletzungen, noch strafbar. (oben §. 69.). Gegen diese Grundsätze verstießen daher Schwarze und Heyne,[3]) indem sie in obigem Falle Strafbarkeit des A. annahmen und sagten: „Eine Thathandlung war in jenem Falle allerdings vorhanden, nämlich die Zurückhaltung der gefundenen Gegenstände von Seiten des A. Dieses factum nahm aber eo ipso (ohne contrectatio?!!) die Qualität eines Verbrechens an, sobald der Finder damit den animus verband, den gefundenen Gegenstand als sein Eigenthum zurückzubehalten". Noch mehr verstößt diese Behauptung aber gegen die klaren Worte des Art. 241. des S. C. G. B. „Vorenthaltung"[4]) (nicht: die Innehabung), ferner: „einer verlornen Sache sich anmaaßen" u. s. w. Aus denselben Gründen dürfte auch die Meinung[5]) nicht zu rechtfertigen sein, es könne ein Benehmen, das außerdem (objectiv) nicht injuriös sein würde, durch das Hinzutreten des animus injuriandi einen injuriösen Character annehmen.

§. 272.

5) Einheit der objectiven Erfordernisse der Rechtsverletzung.

Denn (§. 271.) die besondern, eigenthümlichen Erfordernisse einer strafbaren Handlung treten nicht zu einer — bereits vorhandenen — Handlung äußerlich als neue Merkmale hinzu, sondern sie liegen unmittelbar in ihr. Es ist nicht erst eine Handlung da, die dann verbrecherisch wird, (wie Heyne und Schwarze glauben) sondern die Handlung ist sofort und unmittelbar Verbrechen.[1]) Sowie die einzelnen Erfoderniſse einer Rechtshandlung

3) Unterſ. pract. Mater. aus d. Geb. d. i. R. S. g. R. 1841. Abh. XI. S. 165.

4) Luden, Abh. II. Ueb. d. Thatbeſtand. S. 230. not. I. S. Meine Prakt. Abh. aus dem Priv. u. Proceß. R. Abh. 30. S. 224. ff.

5) Marezoll, Lb. §. 117. S. 356. not. 4.

1) Abegg, Lb. §. 69. S. 104.

alle zuſammen an oder bei einer ſolchen durch eine einzige ſolche vereinigt oder verbunden ſein, eine einzige ausmachen müſſen (§. 72, S. 58.), ſo müſſen auch alle einzelnen objectiven Erfoderniſſe einer (Rechtshandlung ſowohl, §. 49—72., als einer) Rechtsverletzung, bei und an einer einzigen ſolchen — nicht einzeln an verſchiedenen oder mehrern — zuſammen vereint und verbunden vorkommen und in ihrer Geſammtheit und Einheit eine einzige objective Rechtsverletzung ausmachen. Das heißt: die Anzahl und Geſammtheit jener Erfoderniſſe einer Rechtshandlung darf natürlich nicht dadurch herausgebracht werden, daß eines oder einzelne von ihnen von verſchiedenen, mehreren Handlungen oder ein jedes von einer andern getrennt, hergenommen, aufgeleſen, dieſe einzelnen verſchiedenen Beſtandtheile verſchiedener Handlungen zu einem Ganzen und Begriffe, zu einer Handlung vereinigt, aus ihnen eine Rechtsverletzung gemacht würde. Hier würden ſämmtliche objective Erfoderniſſe eine Rechtshandlung und Rechtsverletzung, eine ſolche aber doch nicht vorhanden ſein. Ein jedes von allen einzelnen objectiven Beſtandtheilen oder Erfoderniſſen einer Rechtshandlung und Rechtsverletzung darf aber auch nicht ſchon an und für ſich und allein eine ſolche ſein oder ausmachen. Dieß Alles wird nun dann der Fall ſein, wenn alle Erfoderniſſe einer Rechtshandlung und Rechtsverletzung verbunden ſind [2]) 1) durch Gleichzeitigkeit, d. h. zwar nicht in einem und demſelben Augenblicke, aber doch nicht in verſchiedenen völlig getrennten und unterbrochenen Zeitabſchnitten, 2) durch Gemeinſchaft des Ortes und Raumes, d. h. nicht an verſchiedenen und veränderten Wirkungskreiſen des Handelnden; 3) durch Einheit des Gegenſtandes oder des Ganzen von Gegenſtänden, d. h. nicht eines an dieſem, ein anderes an einem andern, ſondern alle an allen entſtanden; 4) durch Urſachlichkeit und Wechſelwirkung; 5) durch Einheit der Urſache und Wirkung. Ohne dieſe Verbindung und Einheit iſt entweder gar keine Rechtshandlung oder Rechtsverletzung — ungeachtet des Vorhandenſeins aller objectiven Erfoderniſſe einer ſolchen im Einzelnen, oder es ſind mehrere, verſchiedene, ſelbſtſtändige Rechtshandlungen und Rechtsverletzungen objectiv vorhanden, eine jede, ein jedes objectives Erforderniß, allein, eigenthümlich und ausſchließlich habend. Ein jedes von ſämmtlichen allgemeinen Erfoderniſſen einer Rechtshandlung und Rechtsverletzung muß dann

2) Luden, Abh. aus dem Strafr. II. Ueb. d. Thatbeſtand. S. 130. 169. Abegg, Lb. §. 68.

so oft und so viele Male besonders wirklich vorhanden sein und erscheinen, als Rechtshandlungen und Rechtsverletzungen und als deren Anzahl beträgt. Nicht aber darf dann ein oder das andere Erforderniß nur einmal vorhanden, aber als mehrmals vorhanden fingirt, dasselbe eine zu verschiedenen mehrern Rechtshandlungen oder Rechtsverletzungen gebraucht oder gleichsam geborgt und auf diese Weise mehrere besondere künstlich herausgebracht werden. [3]) Hiergegen ist auch nicht die Annahme einer idealen (gleichzeitigen oder formalen) Concurrenz von Verbrechen. (C. G. B. Art. 48.) Denn bei dieser ist eben nur eine Handlung vorhanden und wird nur eine angenommen. Zwar werden mehrere Verbrechen oder Rechtsverletzungen angenommen. Allein diese sind auch wirklich vorhanden; ein jedes einzelne objective Erforderniß einer Rechtsverletzung (§. 243—271.) ist so oft und so viele Male besonders vorhanden, als Rechtsverletzungen oder Verbrechen. — Die, ein Verbrechen ausmachende Handlung muß jenes aber auch schon an und für sich und allein ausmachen, nicht etwa erst durch Addition anderer einzelner Handlungen dazu gestempelt werden. Denn entweder diese sind an sich schon Verbrechen oder nicht. Im letztern Falle kann durch ihre Addition, durch mehrere juristische Nullen kein juristisches Ganze, aus einem juristischen Undinge kein jur. Etwas entstehen. Solch monströses Verfahren, solche Begriffsverwirrung und unjuristische Handlungsweise nennt man Tendenzprocesse.

§. 273.

6) Causalität. [1])

Das letzte objective oder vielmehr das die Vermittlung zwischen den objectiven und subjectiven wesentlichen Erfordernissen oder Bestandtheilen einer Rechtsverletzung und eines Verbrechens bildende Merkmal eines solchen ist Ursachlichkeit oder Causalität des rechtverletzenden Erfolgs (§. 265.), als der Wirkung, durch die Handlung oder Thätigkeit des Verbrechers, als wirkende Ursache. Es genügt also nicht das Vorhandensein sämmtlicher andern objectiven (§. 243—272.) und subjectiven Bestandtheile einer Rechtsverletzung zu deren Dasein und Strafbarkeit. Vielmehr muß zwischen jenen, den objectiven, und diesen, den subjectiven, oder insbesondere zwischen dem rechtverletzenden Erfolge (§. 265.) und

3) l. 14. d. accusat. 48, 2.

1) Luden, Abh. aus d. Strafr. II. Ueb. d. Thatbestand. 1840. S. 263. ff.

Digitized by Google

zwiſchen der äußern Handlung des Verbrechers ein urſachlicher Zuſammenhang oder das Verhältniß der Urſachlichkeit ſtattfinden. [2]). Dieß ergiebt ſich ſchon aus dem Begriffe der Handlung und des Handlungsvermögens (§. 13. 25. f. 37. 56., insbeſondere §. 64, A. nr. 5. und B. nr. 3. §. 269.), ſo wie des, im S. C. G. B. oft und in der Regel gebrauchten Ausdrucks „Erfolg." (Art. 25. 26. 31. 132.) Dieſe Cauſalität wird hier nur als objective (phyſiſche) erfordert, noch nicht als juriſtiſche, ſubjective (Zurechnungsfähigkeit, Zurechenbarkeit, Vorſatz, Fahrläſſigkeit, entgegengeſetzt dem Zufalle.) Jene objective Cauſalität iſt ſo weſentlich als dieſe ſubjective, allein beide ſind nicht, wie von Luden[4]), zu vermiſchen. Dieſes urſachliche Verhältniß kann bald in Bezug auf die Verſchiedenheit der wirkenden [3]) Kraft ein intellectuelles, [4]) phyſiſches oder gemiſchtes, bald in Bezug auf die Art und Weiſe, wie die wirkende Kraft ſich äußert, ein poſitives oder negatives, [5]) ferner nach der Anzahl der wirkenden Urſachen, Mitwirkung [6]) oder alleinige (ausſchließliche) Cauſalverbindung, endlich nach der Art der Einwirkung auf den veränderten Gegenſtand mittelbarer [7]) oder unmittelbarer Cauſalzuſammenhang und endlich nach der Modalität ein nothwendiger oder zufälliger ſein. Bei der mittelbaren Hervorbringung einer Veränderung muß auch die entfernte Urſache derſelben, oder die fragliche Handlung des Verbrechers wirkſam geweſen ſein. Bei vorſätzlichen [8]) (nicht bei fahrläſſigen) Verbrechen genügt der blos zufällige Cauſal-Zuſammenhang, wenn er nur wirklich ein urſachlicher oder cauſaler iſt, mag auch die Sicherheit des urſachlichen Verhältniſſes nur unter Voraus-

2) c. 22. d. poen. 9, 47. c. 7. X. d. homicid. 5, 12. P. G. O. Art. 147.

3) C. G. B. Art. 33—38. — l. 50. §. 3. d. furt. 47, 2. l. 53. §. 2. d. V. S. 50, 16.

4) l. 1. §. 12. d. vi 43, 16. l. 11. §. 6. d. iniur. 47, 10. l. 15. §. 1. ad l. Corn. d. sic. 48, 8. c. 6. §. 3. X. d. homicid. 5, 12. P. G. O. Art. 107. a. E. 136., — S. C. G. B. Art. 36. —, verſchieden von dem ſubjectiven. Luden, Ueb. d. Thatbeſt. 1840. S. 297. miſcht das objective und das ſubjective urſachliche Verhältniß zwiſchen dem Erfolge und zwiſchen der Handlung zuſammen, auch S. 368. 311. ff.

5) l. 31. ad l. Aquill. 9, 2. l. 4. d. agn. et al. lib. 25, 3. l. 48. §. 1. d. furt. 47, 2. l. 2. d. lege Pomp. 48, 9. l. 9. §. 1. d. l. Corn. d. fals. 48, 10. cap. 6. §. 2. X. d. homic. 5, 12. P. G. O. Art. 136. 180. Baier. St. G. B. Art. 78. 79. S. C. G. B. Art. 39. 40.

6) l. 51. in f. ad l. Aquill. 9, 2. cap. 18. X. d. homic. 5, 12. P. G. O. Art. 136. 148. Baieriſches St. G. B. Art. 45—48. 155. — S. C. G. B. Art. 33—35. 37. 124. 136.

7) l. 8. §. 1. l. 9. §. 3. l. 29. §. 2. 3. l. 30. §. 3. ad l. Aquill. 9, 2. S. C. G. B. Art. 132. 159. 160. 163. 171.

8) l. 15. pr. §. 1. ad l. Corn. d. sic. 48, 8. l. 51. pr. ad l. Aquill. 9, 2. l. 7. §. 5. d. iurisd. 2, l. c. 5. d. accus. 9, 2. c. un. §. 2. d. raptu

setzung [9]) ungewöhnlicher, eigenthümlicher (individueller) Eigenschaften des veränderten einzelnen Gegenstandes oder der gebrauchten Mittel, ja, der Zeit und des Orts, sich ergeben. In Bezug auf diese Ursachlichkeit können daher auch die Erfolge einer Handlung getheilt werden müssen, wenn nämlich nur einige von jenen mit dieser im Causalzusammenhange stehen, andere nicht. Denn dann sind nur jene oder nur insofern ist eine jede Rechtsverletzung und ein jeder rechtsverletzender Erfolg im Strafrechte zu berücksichtigen, als er die Wirkung einer Thätigkeit eines Menschen als wirkender Ursache ist. — (C. G. B. Art. 68.) — Gegen dieses Erforderniß der Causalität des rechtverletzenden Erfolgs fehlt das unten §. 360 u. 398. a. E. angeführte Urthel eines Appellationsgerichts. — Vorsichtiger, aber auch dunkler, drückt sich ein Urthel des Ober-Appellationsgerichts in den Worten aus [10]): „Es ist im Art. 132. nr. 4. die, dem Criminalrechte überhaupt und dem Strafgesetzbuche insbesondere, den in dem Art. 132. enthaltenen, verschiedenartigen Bestimmungen ebenfalls zum Grunde liegende Idee ausgesprochen, daß das Maaß der einem Verbrecher aufzuerlegenden Strafe, insoweit nicht der Erfolg der rechtswidrigen Handlung von dem Verbrecher ausdrücklich beabsichtigt worden oder letzterem hierbei ein dolus indeterminatus beizumessen ist, oder wenigstens der Thäter den später eingetretenen Erfolg voraussehen mußte, oder endlich nur eine Fahrlässigkeit (Art. 127.) in Frage kommt, nach den mit dem Verbrechen verbunden gewesenen, für den Verletzten mehr oder minder nachtheiligen Folgen, (für welche der Urheber wegen der von ihm absichtlich sich zu Schulden gebrachten Verletzung des Gesetzes überhaupt unter gewissen Beschränkungen mit zu haften habe,) zu bestimmen sei, was insonderheit aus den Dispositionen des Art. 132. unter 4 u. 5. im Zusammenhange mit einander betrachtet, hervorgeht." — Hat hier das Ober-Appellationsgericht unter den „Folgen" solche verstanden, welche durch die Handlung des Verbrechers, wenn auch nur mittelbar, verursacht, mit dieser in — wenn auch nur mittelbarem — Causalzusammenhange stehen, so ist diese Ansicht richtig. Haben aber unter jenen „Folgen" auch nur zufällige, Zufall, vom Verbrecher gar nicht, nicht einmal mittelbar verursachte Folgen ausgedrückt werden sol-

virg. 9, 13. l. 5. §. 10. de his, qui effud. 9, 3. l. 4. pr. d. noxal. act. 9, 4. P. G. O. Art. 130. 132. 134. 136. 148. 177. 180.

9) S. C. G. B. Art. 120. 26. 27. — l. 7. §. 5. ad l. Aquill. 9, 2.

10) Jahrb. f. Sächs. Straf. R. I. Bd. 2. H. 1840. S. 269. f.

len, so dürfte jene Ansicht den Grundsätzen des Strafrechts zuwider sein. Vielmehr ist in diesem und insbesondere auch bei den Erfolgen der Art. 132. 159. 160. 161. 163. 171. 172. stets Causalität erforderlich, die zufälligen Erfolge dagegen irrelevant.

§. 279.

Causalzusammenhang nach Luden.

Nach Luden [1]) findet juristischer Causalzusammenhang zwischen der menschlichen Handlung und der eingetretenen Erscheinung statt, „so oft der Mensch wirklich voraussah, daß er die Erscheinung durch seine Handlung hervorbringen werde oder (?) so oft er nicht voraussah, daß er dieselbe nicht hervorbringen werde. Hierin liege auch die Antwort, wenn der Mensch im Stande gewesen sei, einen Erfolg vorherzusehen, den er in der That nicht vorhergesehen hatte, oder wenn er sich nicht, um die Verantwortung für diesen Erfolg von sich abzulehnen, darauf berufen kann, daß er denselben aus Irrthum oder Unwissenheit hervorgebracht habe. Insofern nämlich der Irrthum darin bestehe, daß er nicht vorhergesehen hat, der wider sein Wissen und Wollen eingetretene Erfolg werde aus seiner Handlung nicht hervorgehen, werde derselbe nicht entschuldigt. (?) Jeder rechtswidrige Erfolg aber, der wider Wissen und Wollen aus einer Handlung entstehe, sei ein Beweis, daß der Handelnde dieses nicht vorhergesehen hatte. Daher sei es unmöglich, daß ein Mensch wider sein Wissen und Wollen einen rechtswidrigen Erfolg hervorbringe und daneben behaupte, vorhergesehen zu haben, daß dieser Erfolg aus der Handlung nicht hervorgehen werde. Denn diese Behauptung würde sofort durch den eingetretenen Erfolg widerlegt, und eben deßhalb, weil er das Nichteintreten des Erfolges nicht vorhergesehen hatte, hätte das Eintreten desselben von ihm vorhergesehen oder errathen (??) werden sollen (!?!) Der Mensch dürfe sich blos zu solchen Handlungen bestimmen, von welchen er positiv wisse, daß durch sie kein Andrer verletzt werde, nicht zu solchen, von denen er (nur negativ) nicht wisse, daß sie einen Andern nicht verletzen oder daß sie einen Andern verletzen würden (!!) Dieses Nichtwissen stehe jenem Wissen gleich! (!!!) Irrthum in Ansehen dessen, was zu der menschlichen Handlung gehört und aus derselben hervorgeht oder in Ansehung aller, den Erfolg unmittelbar hervorbringenden Ursachen, deren Wirksamkeit in nichts Anderem, als in der menschlichen Thätigkeit ihre Ursache hatte, werde nicht entschul-

1) Abh. II. Ueb. d. Thatbestand. S. 262. 311. 313. ff.

digt und hebe den Cauſalzuſammenhang nicht auf. Dagegen ſei Irrthum entſchuldbar, wenn er nicht die Folgen, welche aus der Handlung als Urſache hervorgehen, ſondern ſolche betreffe, die zwar ohne die Handlung nicht eingetreten ſein würden, aber doch nicht in der Handlung allein ihren Entſtehungsgrund haben. Hierin liege der Unterſchied zwiſchen dem juriſtiſchen und dem bloß phyſiſchen Zuſammenhange oder dem Erfolge als Folge und dem in Folge einer Handlung. Entſchuldbar ſei der Irrthum in Betreff der den Erfolg unmittelbar hervorbringenden Urſachen, deren Wirkſamkeit außer in der menſchlichen Thätigkeit noch in einem andern Umſtande ihren Grund hatte, jedoch nur dann, wenn dem Handelnden die Mitwirkung eines andern Umſtandes unbekannt war."[2]) — Es iſt offenbar, daß Luden den juriſtiſchen Cauſalzuſammenhang viel zu weit ausdent, wenn er denſelben ſowohl dann, wenn der Menſch wußte, daß ein Erfolg aus ſeiner Handlung hervorgehen werde, als auch dann annimmt, wenn der Menſch nicht wußte, daß jener Erfolg nicht aus ſeiner Handlung hervorgehen werde. Als wenn jenes poſitive Wiſſen und dieſes negative gleich wären!! Als wenn kein Unterſchied wäre zwiſchen poſitiven und negativen Erforderniſſen einer Handlung. Nach Ludens Meinung dürfte der rechtſchaffenſte Wille nicht handeln und wenn er einmal handelt, unbewußt ſtrafbar werden. Uebrigens widerſpricht ſich Luden ſelbſt. S. unten die Lehre von der Fahrläſſigkeit.

Vierte Abtheilung.

Von der Zurechnungsfähigkeit, Zurechenbarkeit und Zurechnungsloſigkeit.

§. 275.

II. Subjective Erforderniſſe einer Rechtsverletzung. A. Allgemeine, A. poſitive, 1) Zurechnungsfähigkeit. Begriff nnd Beweis.

Zurechnungsfähigkeit eines Rechtsſubjects im bürgerlichen und im Strafrechte iſt (eine ſubjective Eigenſchaft oder ein Zuſtand eines Handelnden, beſtehend in dem) Daſein aller, zur Begehung einer Rechtshandlung (§. 47—72.) überhaupt und einer Rechts-

2) l. 52. pr. §. 4. 7. l. 9. §. 3. ad l. Aquill. 9, 2. l. 6. §. 7. d. off. praes. 1, 16. vergl. mit §. 7. d. lege Aquill. 4, 3. l. 7. in f. l. 8. pr. cod. 9, 2. Haſſe, d. Culpa des Röm. R. §. 15. Hepp, Theor. d. Zurechn. auf d. Geb. d. Civ. R. S. 28.

verletzung insbesondere (§. 243—274.) erforderlichen (körperlichen und geistigen, theoretischen und praktischen) Kräfte, nicht nur als ursprünglicher (§. 11.), sondern auch als empirischer in ihrer normalen oder natürlichen Integrität. — Die Zurechnungsfähigkeit kommt hier nur als rechtliche (§. 30 ff.) in Betracht, nicht als moralische. Jene ist wieder eine privat- oder strafrechtliche, und eine allgemeine, welche, ohne Rücksicht auf eine bestimmte Zeit der Handlung, überhaupt in dem Dasein der erforderlichen Kräfte besteht, theils eine besondere oder concrete in Bezug auf eine bestimmte Zeit und eine bestimmte einzelne Handlung. Aus dieser folgt stets das Dasein jener; nicht aber umgekehrt aus der allgemeinen die concrete. Die privatrechtliche ist weiter als die strafrechtliche. Feuerbach [1]) definirt die strafrechtliche Zurechnungsfähigkeit als den „Zustand einer Person, vermöge welcher ihr eine That zugerechnet werden kann," Mittermaier [1]), als den „Zustand eines Menschen, in welchem er sich mit Freiheit für die Ausführung oder Unterlassung einer Handlung zu bestimmen vermag," Martin [2]) „als die rechtliche Möglichkeit einer juristischen Zurechnung." Das Römische Recht drückt die Zurechnungsfähigkeit durch „doli und culpae capacitas" aus [3]). Die Zurechnungsfähigkeit, als Bedingung und Voraussetzung, sowie als thatsächlicher Grund (der Entstehung) des Strafrechts, darf eben so wenig, ohne Beweis, vermuthet werden, als das Gegentheil derselben, die Zurechnungs-Unfähigkeit oder Zurechnungslosigkeit. Vielmehr muß jene, die positive Zurechnungsfähigkeit, in einem jeden einzelnen Falle und Erkenntnisse besonders erwiesen werden. Dieser Beweis braucht aber in der Regel nicht durch besondere äußere Beweismittel, sondern kann stets durch bloße — auf Prüfung der Zurechnungsfähigkeit gerichtete — Fragen und Antworten, sowie aus den Verhören des Angeschuldigten überhaupt nachgewiesen und braucht daher nur, besonders in Straferkenntnissen, besonders geprüft und aus den Acten nachgewiesen zu werden. [4]) Eines besonderen Beweises der Zurechnungsfähigkeit

1) Lb. d. peinl. R. 13. Aufl. 1840. §. 84. S. 137. und not. S. 138.
2) Lb. d. t. g. Crim. R. 2. Aufl. 1829. §. 31. S. 70.
3) l. 23. d. furt. 47, 2. — In der P. G. O. Art. 150. 179. kommt blos für Zurechnungslosigkeit der Ausdruck: „ihre sinn nit haben" vor, im Sachsenssp. 3, 3. „over rechte Doren (Thoren), unde over sinneloſen inen ne sol man nicht richten".
4) Mittermaier, zu Feuerbach's Lb. §. 87. not. 1. S. 142. Dessen Lehre vom Beweise. S. 145. Hepp, Theorie d. Zurechnung, S. 4. Martin, Lb. d. t. g. Crim. Proc. 4. Ausg., 1836. §. 132. not. 13. S. 328

durch besondere äußere Beweismittel, insbesondere durch Sachverständige, bedarf es nur bei, über dieselbe aus den Vernehmungen sich ergebendem Zweifel, oder bei der von dem Angeschuldigten selbst, von Zeugen, dem Vertheidiger u. s. w. positiv behaupteten Zurechnungsunfähigkeit. Diese hat aber (die strafende oder das Strafrecht beanspruchende Staatsgewalt oder Gericht) nicht der Angeschuldigte nachzuweisen und dadurch die entgegenstehende gesetzliche oder Rechtsvermuthung [5]) der Zurechnungsfähigkeit umzustoßen, da eine solche es nicht giebt [4]) und nur eine maskirte Vermuthung des rechtswidrigen Vorsatzes wäre.

§. 276.

2) Zurechenbarkeit.

Die Zurechenbarkeit einer Handlung im allgemeinen oder einer Rechtsverletzung insbesondere ist die Anwendung, Wirksamkeit und Thätigkeit aller, zur Begehung derselben erforderlichen körperlichen und geistigen Kräfte als der Ursachen bei dieser, als Wirkung oder Product derselben, oder die Eigenschaft einer Handlung, vermöge welcher sie als Wirkung oder Product der gesammten zu ihr erforderlichen körperlichen und geistigen Kräfte des Thäters diesem als der Ursache zugerechnet werden kann. Die Zurechenbarkeit bezieht sich also nicht auf das Subject der Handlung oder Rechtsverletzung, sondern eben nur auf diese; die Zurechnungsfähigkeit aber nur auf das Subject. Die Zurechenbarkeit einer Handlung ist daher auch noch verschieden von der concreten Zurechnungsfähigkeit (§. 275.) und folgt nicht aus dieser letztern. Denn die erforderlichen körperlichen und geistigen Kräfte können bei einer einzelnen Handlung oder Rechtsverletzung und zur Zeit derselben vorhanden, aber doch nicht wirksam, nicht thätig gewesen sein, z. B. in der Trunkenheit, Schlaftrunkenheit u. s. w. Die Zurechnungsfähigkeit ist eine wesentliche Bedingung oder Voraussetzung der Zurechenbarkeit, diese aber nicht stets nothwendige Folge der erstern. Auch die Zurechenbarkeit ist theils eine privatrechtliche, theils eine strafrechtliche. Jene ist von weiterm Umfange, als diese, daher bisweilen vorhanden, wo diese nicht angenommen werden kann (z. B. bei den obligationes quasi ex delicto, — effu-

5) Oesterr. Ges. über Gefällsübertretungen, §. 771. Motiven z. Württemb. Entw. S. 54. Abegg, Syst. d. C. R. S. 47. not. 40., bedeutend beschränkt in desselben Lb. d. Straf. R. W. §. 81. S. 128. Welcker, in Hitzigs v. Demme fortgef. Annalen, (Commiß.ber. z. Badensch. Strafges.b.) XIII. Bd. 1840. S. 401.

sum et deiectum, damnum in navi vel caupona datum tritt eine Verantwortlichkeit für fremde Handlungen ein, — gegen §. 268.) Auch die Zurechenbarkeit einer Handlung oder Rechtsverletzung muß noch besonders, außer der Zurechnungsfähigkeit, bewiesen werden. Von diesem Beweise gilt jedoch ganz dasselbe, was in §. 275. von dem Beweise der Zurechnungsfähigkeit gesagt worden ist. Denn auch die Zurechenbarkeit ist eine thatsächliche Bedingung, Voraussetzung, der Grund des concreten Strafrechts und seiner Entstehung. Hiermit stimmt jetzt Abegg [1]) überein. Allein noch kein Rechtsgelehrter hat, wie er andeutet, eine allgemeine Vermuthung des Mangels der Zurechnungsfähigkeit oder Zurechenbarkeit aufgestellt oder einen Zustand der Unfreiheit, Tollheit u. s. w. als den gewöhnlichen und natürlichen vermuthet. Vielmehr soll eben, wie er selbst sagt, gar nichts vermuthet werden, weder die Fähigkeit noch Unfähigkeit der Zurechnung, weder die Zurechenbarkeit noch Unzurechenbarkeit.

§. 277.

3) Zurechnung; imputatio.

Die Zurechnung ist das Urtheil über das Dasein der Zurechnungsfähigkeit eines Handelnden oder Rechtsverletzers und der Zurechenbarkeit der Handlung oder Rechtsverletzung, als thatsächlicher Prämissen. Die Zurechnung ist also ein Schluß (-satz) aus denselben. Deshalb scheint es ungenau, wenn Feuerbach, Martin (s. §. 273, not. 1 u. 2.) und fast alle Strafrechtslehrer die Zurechnungsfähigkeit (als Schluß) aus der Zurechnung ableiten und definiren und dabei letztere, als bereits bekannt, voraussetzen. Eben so ungenau ist es, wenn Abegg (§. 276, not. 1.) von „dem Beweise der Zurechnung" spricht. Diese, als Schlußsatz, als Urtheil, bedarf eines (proceß-) rechtlichen Beweises (der Wahrheit von Thatsachen) nicht; sie enthält den logischen Beweis ihrer Richtigkeit in sich selbst. Nur ihre Prämissen bedürfen eines (proceß-) rechtlichen Beweises. Auch ergiebt sich aus dem Begriffe der Zurechnung als eines Urtheils und Schlusses, daß es dem gesetzgeberischen Ausdrucke nicht angemessen, in dem S. C. G. B. Art. 67. heißt: „Desgleichen findet die Zurechnung eines Verbrechens nicht statt" u. s. w., zumal in Vergleich mit der Ueberschrift (VII. Cap.) „Mangel an Zurechnungsfähig-

1) Lb. d. Straf. R. W. §. 81. S. 128.

Digitized by Google

keit." — Abegg[1]) definirt die Zurechnung: „als die Anerkennung, daß ein äußerlich hervortretender Erfolg die Wirkung der Handlung eines Menschen (§. 48.) sei, d. h. das Urtheil, daß diese in dem Wissen und Wollen des Subjects ihren Grund habe, daß dieses nicht bloß der Thäter und Ursacher, sondern der Schuldige sei" u. s. w.; Feuerbach[2]) als „die Beziehung einer (objectiv) strafbaren That als Wirkung auf eine dem Strafgesetz widersprechende Willensbestimmung des Thäters, als Ursache derselben;" Mittermaier[2]) „als das in Beziehung auf eine bestimmte Handlung einer gewissen Person gefällte Urtheil, inwiefern ihr die Handlung zum Vorsatze oder zur Fahrlässigkeit zuzurechnen ist;" Bauer[3]) als „die Erklärung, daß eine äußerlich gesetzwidrige Handlung in einer gesetzwidrigen Willensbestimmung ihre Ursache habe, oder: daß die objectiv strafbare That vom Thäter verschuldet sei." (Ueber die Zurechnung bei den Griechen s. unten). Unter imputatio facti verstanden die Aeltern die Zurechnung einer blos äußern That als rein physischer oder körperlicher, rein äußern Wirkung durch blos körperliche, physische Kräfte; unter imputatio iuris die rechtliche (moralische) Zurechnung einer That, als einer willkührlichen, freien, mit geistigen, theoretischen und praktischen Kräften, zur Schuld. Andere fügen dieser Zurechnung zur That und zur Schuld noch eine Dritte, die pragmatische Zurechnung zum Verdienste oder zur Strafe hinzu. Allein sie ist nur das Ergebniß der beiden erstern, und die erste nur uneigentlich Zurechnung genannt. — Die gesammte juristische Zurechnung nennen Manche auch imputatio „ad effectum."

§. 278.

Mittelbare und unmittelbare Zurechnung zum Vorsatze und zur Fahrlässigkeit. reatus, culpa, fraus.

Die Strafrechtslehrer unterscheiden noch eine mittelbare und unmittelbare, so wie eine Zurechnung zum Vorsatze und zur Fahrlässigkeit, vorzüglich Feuerbach. Ein Mißverständniß desselben läßt sich Luden[1]) zu Schulden kommen, wenn er die nur die unmittelbare und nur die Zurechnung ausschließenden Zustände für identisch hält mit Zurechnungsunfähigkeit! — Die Folge der Zurechenbarkeit einer Handlung oder Rechtsverletzung, die Ver-

1) Lb. d. Straf. R. W. §. 70. S. 124.
2) Lb. §. 84. S. 137. not. S. 138.
3) Lb. d. Straf. R. 2. Aufl. 1833. §. 125. S. 181.

1) Abh. II. Th. Ueb. d. Thatbestand. 1840. S. 209.

Digitized by Google

schuldung oder die Schuld, die Verantwortlichkeit wird bei den Römern, mag rechtswidriger Vorsatz, oder Fahrlässigkeit vorhanden sein, culpa als der Zustand eines Menschen nach und wegen einer zurechenbaren (Handlung oder) Rechtsverletzung,[2]) oder auch fraus,[3]) von den Neuern reatus genannt, welcher aber im Römischen Rechte Etwas ganz Anderes, nämlich den Zustand dessen, der sich noch in einer Criminal-Untersuchung befindet, bedeutet.[4])

§. 280.

4) Grundlage der Zurechenbarkeit und Zurechnungsfähigkeit. a. nach der bisherigen Theorie.

I. Als die Grundlage[1]) aller Zurechnungsfähigkeit und Zurechenbarkeit, sowohl der zum Vorsatze, als der zur Fahrlässigkeit, ist der Wille, nach Manchen der freie Wille des Menschen als eines von seiner eignen Sinnlichkeit wie von der ihn umgebenden Sinnenwelt abhängigen, vernünftigen Wesens oder die Willkühr zu betrachten, d. h. die Fähigkeit eines Handelnden, nach Erwägung der Gründe für und wider eine Handlung sich zu deren Unterlassung oder Begehung entschließen zu können. Diese Fähigkeit, die einzelne, verübte Pflichtwidrigkeit durch richtige Anwendung der Vernunft zu vermeiden, setzt (beim Vorsatze wie bei der Fahrlässigkeit[2]) voraus: 1) daß der Gebrauch der Körperkräfte von der Willkühr des Handelnden abhing (§. 34. S. 23. §. 52. S. 39., äußere, oder physische Willkühr) und 2) daß derselbe, seinem geistigen, (Seelen-, Gemüths-) Zustande gemäß auch innere Willkühr (früher von Feuerbach Imputativität genannt) besaß, oder 1) Kenntniß der Strafgesetzwidrigkeit seiner Handlung oder a. des Strafgesetzes und b. der Anwenbarkeit desselben auf die bevorstehende Handlung (ob wirkliche? oder nur mögliche Kenntniß? s. unten) und 2) daß der Handelnde seiner Vernunft (und Körperkraft) so weit mächtig war, daß er sich zu dem pflichtmäßigen Betragen

2) c. 6. pr. §. 6. d. modo mult. 1, 54. l. 5. §. 1. 2. l. 29. §. 4. l. 52. §. 1. ad l. Aquill. 9, 2. c. 11. §. 1. d. repud. 5, 17. c. 2. C. Th. d. custod. reor. 9, 3. l. 9. §. 3. d. minor. 4, 4. l. 15. d. vi et vi arm. 43, 16. Meine „Doli descriptio", Misenae, 1837. §. 12—24. p. 14. sqq.

3) c. 1. ad l. Corn. d. sicar. 9, 10. auch crimen, noxia, noxa. Birnbaum, Arch. d. C. R. IX. S. 378.

4) l. 25. pr. d. poen. 48, 19. l. 3. §. 1. 8. d. bon. eor. 48, 21. c. 1. C. Th. d. accus. 9, 1. — Die Ausdrücke: Schuld, noxa, fraus, crimen u. s. w. — bedeuten, wie obligatio im Civilrechte, bald Thatsache, bald Folge. Birnbaum, i. a. W. S. 388.

1) Martin, Lb. §. 32. ff. S. 71. ff.

2) c. 102. C. XI. qu. 3. c. 6. XV. qu. 1.

Digitized by Google

zu Folge jener Kenntniß bestimmen konnte. Mittermaier[3]) betrachtet die Freiheit des Willens als die Grundlage der Zurechnung und sagt: „Die Wirksamkeit der Freiheit und daher der zurechnungsfähige Zustand äußert sich 1) durch das Bewußtsein des Handelnden (§. 20—24. 64—69.), 2) durch die Kraft, das, was er erkannte, nach eigner Wahl zu thun oder zu unterlassen. A. Das Bewußtsein müsse umfassen die in §. 64. unter A. und B. angeführten Gegenstände und 4) Bewußtsein der Unerlaubtheit (?) der Handlung. B. Die Selbstbestimmung dürfe nicht aufgehoben sein, 1) entweder durch äußern Zwang, welcher dem Handelnden nur die Wahl läßt zwischen der Vornahme der Handlung, die er nicht will oder einem unvermeidlichen schweren Uebel; 2) oder durch innere, krankhaft zu Handlungen, die man vermeiden will, unwiderstehlich antreibende Zustände." (s. §. 63.).

§. 280.

b. nach andern Grundsätzen.

Allerdings ist die Freiheit des Willens die Grundlage der Zurechnung. Allein nicht nur bei Verbrechen, sondern bei allen Handlungen. Sodann aber ist der Wille des Menschen stets frei. (§. 28.). Daher sind moralisch alle Handlungen und Verbrechen zurechenbar, welche mit und durch den Willen begangen sind, also mit alleiniger Ausnahme derjenigen Thaten, zu denen durch mechanische, körperliche Gewalt der Körper Jemandes, nicht der Wille, wider diesen, gezwungen wird. (§. 34. S. 23. §. 52.). Die rechtliche, juristische Zurechnung aber kann nicht über den Grund und Zweck, so wie über die Grundbedingung alles Rechts (§. 34—40.) und des Strafrechts insbesondere (§. 87—100.) hinausgehen. Diese Grundbedingung ist physische und geistige (psysische) Möglichkeit des Zusammenlebens eines jeden einzelnen und aller Menschen als solcher, d. h. mit ihrer körperlichen und geichigen Integrität. Nur innerhalb und unter dieser Grundbedingung unterliegen Handlungen dem Begriffe des Rechts, Strafrechts und der rechtlichen Zurechnung. Alle Handlungen also, welche nicht unter, sondern außerhalb jener Grenze oder Grundbedingung, also bei oder wegen der Unmöglichkeit jenes Zusammenlebens oder jener körperlichen und geistigen Integrität — vorgenommen werden, liegen außerhalb des Begriffes, Grundes, Zweckes, der Grenze und

3) D. principio imputat. alienat. mentis in iure crim. 1837. p. 8. 10. sq. zu Feuerbach's Lb. 13. Aufl. 1840. §. 18. not. S. 144.

Digitized by Google

Bedingung des Rechts, folglich auch außerhalb aller rechtlichen oder juriſtiſchen Beurtheilung oder Zurechnung, ſind daher auch rechtlich ſtraflos, aber nicht wegen angeblicher Unfreiheit des Willens, oder überhaupt wegen „mangelnder Freiheit," wie das S. C. G. B. Art. 69. ſich unpaſſend [1]) ausdrückt. (§. 30. ff. 34—40. 56.).

§. 281.

Art. 69. des S. C. G. B.

Das Sächſ. C. G. B. handelt im VII. Cap. des erſten Theils „von den Gründen, welche die Strafbarkeit ausſchließen", und zwar I. von „der Ausſchließung der Strafbarkeit", a. „wegen Mangels an Zurechnungsfähigkeit"..., 4) „bei mangelnder Freiheit" in Art. 69.: „Alle Handlungen oder Unterlaſſungen, zu welchen Jemand durch unwiderſtehliche körperliche Gewalt oder durch Drohungen, die mit gegenwärtiger, unabwendbarer Gefahr für Leib oder Leben[1]) verbunden ſind, oder durch begründete Beſorgniß ſolcher Gefahren genöthigt wird, unterliegen keiner (— rechtlichen) Zurechnung." Was heißen die Worte: „Leib oder Leben"? Derſelbe Ausdruck kommt vor in Art. 72.: „zur Rettung aus einer gegenwärtigen Gefahr für Leib oder Leben;" Art. 163. „mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben bedrohen"; Art. 166.: „Bedrohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben". Der Ausdruck iſt ein hiſtoriſcher, aus dem Sachſenſpiegel, der Carolina und ältern ſächſiſchen Geſetzen entlehnter. (§. 238. not. 2. S. 211. §. 225. S. 198. §. 104. 105. S. 92. §. 30. 31. not. 1. 2.). Nach dem Sachſenſpiegel[2]) ſind „Ungerichte, die an Hals und Hand, oder doch wenigſtens an Haut und Haar gingen", d. h. am Leben, Leibe und Gliedern beſtraft wurden (ungerichte, daz an den lib ader an die hant get," „richten zu hut und zu hare"). Auch konnte man ſich nach dem Sachſenſpiegel[3]) von Leibes-, ja, Lebensſtrafen loskaufen, Leib und Leben mit Geld löſen; („lip, hut ader har ledigen"; „lib ader hant ledigen"). In der P. G. O. Art. 104. heißt es: „peinliche Strafe an Leib, Leben oder Ehrenſtrafen"; Art. 139.: „Welcher eine rechte Nothwehr, zu Rettung ſeines Leib und Lebens,"

1) Bauer, Anmerk. z. Hannöv. Entw. II. S. 223.

1) Eben ſo das Württemb. Geſ.b. Art. 101. Im Baierſch Geſ.b. blos „Leben."
2) I. B. Art. 2. §. 4. II. Art. 13. §. 1.
3) I. B. Art. 38. §. 1. Art. 65. §. 2.

Digitized by Google

thut"; 142.: „Straff am leib, leben oder aber zur Buße und Besserung;" Art. 177.: „an Leib oder Leben strafen"; Art. 178.: „solcher Straf halber an Leib oder Leben" thun. Im Mandate wider die Selbstrache vom 2. Juli 1712 heißt es §. 53.: „Rettung seines Lebens und Glieder" bei der Nothwehr, so wie im Mand. v. 3. März 1615. (C. A. I. 1484.) im Ausschreiben vom 1. Octbr. 1555. (C. A. I. 47.); „am leben oder Benehmung etlicher Glieder, (d. h. der Zunge, c. I. Th. IV.) strafen; Mand. v. 18. Juni 1791. §. 9. „Gefahr des Leibes und Lebens"; u. s. w.

§. 282.

Erklärung von „Leib oder Leben".

Nach diesen Ausdrücken und Verbindungen scheint („Gefahr für) „Leib" nicht etwa jede Beschädigung, Verwundung, Verletzung u. s. w. des Körpers (gleichsam periculum deteriorationis), sondern nur eine Verletzung der körperlichen Integrität oder Verstümmelungen derselben[1]) oder des Körpers zu bedeuten. Dieß besonders auch deßhalb, weil unter Leibesstrafen vorzugsweise verstümmelnde, Beraubung von „Gliedern", (der Zunge, der Augen, der Nase, der Ohren, der Hände[1]) verstanden wurden. Vielleicht kann daher die „Gefahr für Leib" genauer durch Art. 132, 2. und nach dessen Anleitung und Analogie dahin bestimmt werden, daß sie umfaßt: 1) bleibenden Nachtheil an der Gesundheit, Versetzung in eine schwere, heilbare oder unheilbare Geisteskrankheit, Verstümmelung oder auffallende Verunstaltung; 2) Beraubung des Gesichts, Gehörs, der Zeugungsfähigkeit, völlige Unbrauchbarmachung zu Berufsarbeiten. Gründe hiefür sind, außer den angeführten, aus dem C. G. B. selbst: a. daß nach Art. 141. vorzüglich die Folgen der Mißhandlung auf die Integrität des Körpers zu berücksichtigen, daß b. nur die Selbst-Verstümmelung, nicht andere Selbstverletzungen strafbar, (Art. 144.), c. daß in Art. 163. 132., 3. 4., wo anfangs von „gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben" die Rede ist, für lebensgefährliche[2]) Verwundungen, für Verstümmelungen, auffallende Verunstaltungen und Zufügung eines bleibenden Nachtheils an der Gesundheit, für Versetzung in eine schwere, heilbare oder unheilbare, Körper- oder

1) P. G. O. Art. 198. Duell-Mand. v. 2. Juli 1712. §. 9. 15. Verstümmelung ist Verlust eines wesentlichen Bestandtheils des Körpers, also auch eines Auges, der Sehkraft. Jahrb. f. Sächs. Strafrecht, von Watzdorf, I. Bd. S. 119. ff. v. Hartitzsch, S. 277, 14.

2) v. Watzdorf, Jahrb. f. S. Straf. R. I. Bd. S. 117.

Geisteskrankheit, als die schwersten Fälle, besondere Strafen hervorgehoben werden. Gründe dafür, daß unter der „Gefahr für Leib" (oder Leben) auch Gefahr für die Gesundheit — (also dauernde oder schwere Krankheit) mit begriffen sei, sind: d. daß die Gefahr für die Gesundheit wiederholt neben und mit der Gefahr für das Leben, (sogar bisweilen in derselben Wortverbindung: „mit gegenwärtiger unabwendbarer Gefahr für Leben oder Gesundheit") erwähnt und ihr gleichgestellt ist, in Art. 100. 157. 179. 180. 206, 3. 255.; e. daß insbesondere „bleibender" Nachtheil für die Gesundheit, als besonders strafbare Folge wiederholt hervorgehoben ist in Art. 132. 159. 161. Endlich Gründe dafür, daß unter der „Gefahr für Leib oder Leben" auch die Gefahr für den Geist und das geistige Leben enthalten sei, sind: f. daß diese jener in Art. 100. 132, 3. 4. 163, 1. 2. gleichgestellt, und besonders hervorgehoben und g. daß in Art. 137. Zerrüttung der Geisteskräfte besonders erwähnt ist. — Außer diesen historischen Gründen und dem Sprachgebrauche des C. G. B. sind noch allgemeine Gründe die grammatischen, mit obigen Resultaten übereinstimmenden Bedeutungen von „Gefahr", „Leib", „Leben", und von „Gefahr für Leib", und „Gefahr für Leben", und daß alle andern Gefahren und Verletzungen als „geringere" bezeichnet werden, in Art. 164. 167, 2. 206, 4. 101. — Unter „unwiderstehlicher körperlicher Gewalt" ist in Art. 69. jede, auch von leblosen Körpern herrührende oder wohl — in einem noch weitern Sinne — jede, auch von körperlosen Ursachen herrührende Gewalt gegen den Körper des Genöthigten, also auch z. B. die Gewalt des (körperlosen) Windes oder Sturmes zu verstehen. Ob die Gewalt „unwiderstehlich", die Gefahr „unabwendbar" u. s. w. gewesen sei, dieß hängt von dem subjectiven Urtheile des Genöthigten, seiner concreten Lage u. s. w. ab, ist daher nicht objectiv, sondern nach der Wirklichkeit, darnach, ob Jemand wirklich genöthigt worden ist, zu bemessen. (vergl. die Analogie des Art. 70., oben §. 258., ferner Art. 157. 171, 1. Art. 31. u. s. w.). Die Regierung erklärte in der Deputation der I. K., daß in Art. 69. auch die Gefahr für einen Dritten — Verwandten oder Nichtverwandten — zu verstehen sei. Die I. K. beschloß, einen hierauf bezüglichen Zusatz: „sei es auch eines Dritten" in den Art. aufzunehmen, ungeachtet der Referent und die Regierung erklärten: Es genüge, daß der letztern Erklärung im Deputationsberichte niedergelegt sei. Jener Zusatz sei unnöthig und bedenklich, weil leicht

Digitized by Google

Mißbrauch damit getrieben werden könnte." (Sic! Also geheime, den wahren Sinn absichtlich nicht ausdrückende Gesetze). Die Deput. d. II. K. lehnte jenen Zusatz ab, „da die Worte: „Leib und Leben" schon an sich von jedem Dritten zu verstehen, da sie weder auf die eigne Person noch auf die Angehörigen beschränkt seien." Die II. K. beschloß auch den Wegfall jenes Zusatzes, eben so später wieder die I., natürlich ohne Beschluß über die Gründe hierzu und über den Sinn jenes Wegfalls. Man kann daher nicht ohne Weiteres die (stillschweigende, bei einer Kammer unmögliche) [3]) Erklärung der Einwilligung der Ständeversammlung, insbesondere der II. K. in den Sinn und die Gründe des Wegfalls jenes Zusatzes und in die Erklärung der Regierung „präsumiren".[3]) Vielmehr ist nunmehr in Bezug auf Auslegung des Art. 69. res integra vorhanden, dieselbe der Wissenschaft überlassen und Art. 69. jener Erklärung der Regierung gemäß nur dann auszulegen, wenn — wie dieß der Fall ist — dieser Sinn 1) in dem Art. 69. und dessen Worten wirklich ausgedrückt sein kann und auch wirklich ist; [4]) — denn es ist keine Beschränkung der Gefahr auf das Subject (des Genöthigten) hinzugefügt — und 2) sich noch andere Gründe aus dem C. G. B. selbst ergeben. Dergleichen sind, daß in Art. 72. eine solche Beschränkung hinzugefügt ist, eben so im Art. 100. 132. 141., in andern nicht, z. B. in Art. 157. 163., diese Weglassung aber und diese Allgemeinheit absichtlich zu sein scheint, wie in Bezug auf Art. 157. aus dessen Vergleichung mit der Fassung desselben im Ges. v. 8. Febr. 1834. §. 1. hervorgeht. (Deput.ber. der II. K. L. A. Beil. zu III. Abth. 1. Slg. S. 102.).

§. 283.

5) Gesammterforderniße der Zurechnungsfähigkeit und Zurechenbarkeit.

Als handelndes Subject wird nun zu einer jeden Rechtsverletzung erfordert ein sinnlich-vernünftiges Wesen, ein (zur Zeit derselben den Rechts- [Straf-] Gesetzen eines gewissen bestimmten Staats unterthaner,) einzelner (wenn auch mit Andern verbundener) Mensch, [1]) ein Rechtssubject und zwar ein solches, [2])

3) Meine Theorie der Auslegung constitutioneller Gesetze, 1841. §. 14. ff.
4) A. M. ist Schüler, Beiträge, S. 57. Die übrigen Ausleger des S. C. G. B. schweigen hierüber ganz.

1) Martin. Lb. §. 30. not. 3. S. 67.
2) l. 61. in f. d. adm. et per. tut. 26. 7.

Digitized by Google

welches die zum Wesen und zur Begehung einer Rechtshandlung überhaupt (§. 49—71.) und einer allgemeinen sowohl als besondern, concreten Rechtsverletzung insbesondere (§. 243—272.) erforderlichen körperlichen (§. 28. 34. 52—54.) und geistigen (§. 64—69.) sowohl theoretischen (§. 17—21. 64—68.) als praktischen (§. 25—28. 56—63.) Fähigkeiten, nicht nur als Anlage oder ursprüngliche [3]) (allgemeine, abstracte Zurechnungsfähigkeit), sondern auch als abgeleitete oder empirische, [4]) sowohl im Allgemeinen, als auch grade im einzelnen Falle bei der einzelnen Handlung [4]) (concrete, besondere Zurechnungsfähigkeit, S. C. G. B. Art. 67. „zur Zeit des verübten Verbrechens," „Gebrauch der Vernunft.) nicht nur gehabt, [5]) sondern auch wirklich [4]) (nicht nur möglicher oder nothwendiger Weise, — geringere und höhere Fahrlässigkeit,) angewendet, in Wirksamkeit und Thätigkeit (S. C. G. B. Art. 67. „Vernunft-Gebrauch," „Gebrauch" der Vernunft, „zur Zeit des verübten Verbrechens") gesetzt [5]) habe (Zurechenbarkeit), mithin a. einen Körper, b. theoretische Sinnlichkeit (§. 64, A, 3. 4. 5. B, 4. 5.) äußere und innere, z. B. Gedächtniß; c. Verstand; [4]) d. theoretische Vernunft (§. 17—24. 64—68. S. C. G. B. Art. 67.: „mangelnder Vernunftgebrauch"); e. praktische Sinnlichkeit (§. 16. 25. 28. 30—31. 37. 39. 52—53. 84—85.);

3) Diese sowie alle fehlen im Strafrechte Corporationen u. Gemeinheiten. l. 15. §. 1. d. dolo 4, 3. c. 6. d. legg. 1, 14. l. 155. §. 2. d. R. J. 50, 17. c. 5. d. sent. excomm. in VI. 5, 11. c. 76. d. R. J. in VI. 5, 13. — Baiersch. Ges.b. Art. 49. Preuß. Land R. II. §. 143. 151. 156. u. l. 6. §. 51. Ausnahmen sind auth. Frid. item nulla u. item quaecunque communitas C. 1, 3. (d. episc. et cler.) so wie c. 5. d. fabricens. 11, 9. Andere glauben, Personen-Gemeinheiten können ein Verbrechen a. als solche schon durch einen Beschluß der Mehrheit, b. noch andere, durch Einstimmigkeit aller Mitglieder begehen, wegen l. 9. §. 1. quod met. c. 4, 2. l. 4. de vi 43, 16. l. 11—13. ad municip. 50, 1. c. 15. §. 2. d. re mil. 12, 36. s. Marezoll, Lb. d. D. g. Crim. R. 1841. §. 18. S 47. ff.

4) Diese fehlen a. Kindern, C. G. B. Art. 62. 66. Basler Art. 2. Baiersch. Art. 121. Württemb. Ges.b. Art. 95. Preuß. Land R. T. 20. §. 17. Code pénal, Art. 66. — l. 60. d. R. V. 6, 1. l. 12. ad l. Corn. d. sic. 48, 8. clem. un. d. homicid. 5, 4. l. 1. §. 2. d. adm. tut. 26, 7. c. 18. pr. d. iure delib. 6, 30. P. G. O. Art. 179. — b. Greisen, c. 24. dist. 86. c. 28. C. 2. qu. 7. Baiersch. Ges.b. Art. 103. 120. S. C. G. B. Art. 67. a. in den Worten „Seelenkrankheit" — Landt. Act. Beil. z. III. Abth. 1. Slg. S. 63. f. c. im Schlafe, Schlaftrunkenheit und Nachtwandeln (S. C. G. B. Art. 67, c. in den Worten „Bewußtlosigkeit", Landt. Act. Beil. z. III. Abth. 1. Slg. S. 63. f.) clem. un. d. homicid. 5, 4. c. 3. X. d. his, qui fil. occid. 5, 10. d. in Trunkenheit, S. C. G. B. Art. 67, c. Preuß. Land. R. II. 20. §. 22. Oesterr. Ges. über Gefällsübertret. v. 1835. §. 15. Baiersch. Art. 121. Württemb. Art. 97. — l. 12. pr. d. cust. 48, 3. l. 6. §. 7. d. re milit. 49, 16. c. 7. 9. C. 15. qu. 1.

5) c. 1. ad l. Corn. d. sic. 9, 16. can. 102. C. XI. qu. 3. can. 6, 10 C. XIV. qu. 1.

Digitized by Google

ſ. Willen (S. C. G. B. Art. 69.) und g. praktiſche Vernunft (§. 26—34. 56—63. 84—85.). Dieſe Kräfte müſſen alle cumulativ bei einer jeden Rechtsverletzung, wirklich (S. C. G. B. Art. 67. „mangelnder Vernunft-„Gebrauch," „Gebrauch" der Vernunft; „zur Zeit des verübten Verbrechens") vorhanden und thätig ſein, nicht nur electiv oder möglicher und nothwendiger Weiſe.

§. 284.

Die neuern Geſetzbücher

berückſichtigen nur den Mangel der geiſtigen oder Seelenkräfte als Grund des Mangels der Zurechnungsfähigkeit und Zurechenbarkeit (der blos rechtlichen oder moraliſchen, imputatio iuris, §. 277.) und zwar: 1) Taubſtummheit,[1]) ohne Schulunterricht der Taubſtummen (S. C. G. B. Art. 67, b.), das Baierſche (Art. 131.) nur beſchränkt; das Württembergſche ausdrücklich und beſonders gar nicht; 2) „völlige Bewußtloſigkeit," S. C. G. B. Art. 67, c., was freilich ein unpaſſender Ausdruck iſt[2]); 3) das Baierſche Geſ.b. Art. 121. und Württemb. Art. 97. „vorübergehende gänzliche Verwirrung der Sinne und des Verſtandes;" 4) Seelenſtörungen, a. ganz allgemein, Code pénal Art. 64. Oeſterr. Art. 2. b. einzeln aufgezählt mit einem allgemeinen Grundſatze, Baierſch. Art. 120.; c. ohne Aufzählung, das S. C. G. B. Art. 67, a. („Seelenkrankheit") Preuß. Land. R. II. XX. §. 16. Oeſterr. G. über Gefällsübertretungen, Art. 15.; d. mit Angabe von Kriterien und Beiſpielen, das Württemb. Geſ.b. Art. 97. („Aufhebung des freien Gebrauchs der Vernunft"); e. mit Angabe des allgemeinen Grundſatzes der Zurechnung und Beiſpiele, das Luzerner Polizeiſtr.g.b. Art. 20., der Badenſche Entw. Art. 67.

§. 285.

Einzelne Geiſteskrankheiten.

Die allgemeinſten Beiſpiele ſind[1]): Raſerei, allgemeiner und beſonderer (partieller) Wahnſinn, verſchieden von hallucinationes; völliger Blödſinn (idiotisme) und Verrückung,

1) c. 10. qui test. fac. 6, 22.
2) Mittermaier, zu Feuerbach's Lb. 13. Aufl. 1840. §. 90a. S. 149.

1) auch im Röm. Rechte. l. 13. §. 1. l. 14. d. off. praes. 1, 18. l. 9. §. 2. d. l. Pomp. 48, 9. P. G. O. Art. 150. §. 1. Art. 179. und in den neuern Strafgeſetzbüchern. Das genauere gehört in die pſychiſche und gerichtliche Medicin.

Digitized by Google

Narrheit, einfache Manie (amentia occulta, Monomanie, mania sine delirio, Wuth, furor transitorius). Krankheiten der theoretischen Seelenkräfte sind: Wahnsinn, Blödsinn und Narrheit; Krankheiten der praktischen Seelenkräfte, des Willens sind: die Raserei und einfache Manie.

§. 286.

B. Negative Erfordernisse einer Rechtsverletzung. Mangel an Zurechnungsfähigkeit und Zurechenbarkeit.

ist streng genommen und genau nicht so viel als Zurechnungslosigkeit und Unzurechenbarkeit (im röm. Rechte [1]) allgemein „furor" gen., in der C. C. C. [2]) „ihre sinn nit haben," im Sachsenspiegel [3]) „rechte doren (Thoren) — sinneloſen man,"), vorzüglich in Bezug auf den Beweis. Bei der letztern wäre der positive, directe (Gegen)beweis besonderer positiver Gründe der Aufhebung der Zurechnungsfähigkeit und Zurechenbarkeit zu führen. Zu dem Mangel derselben genügt das bloße Mißlingen oder Fehlen des Beweises derselben oder eines einzigen Erfordernisses. Der letztere Ausdruck, folglich auch dieser Sinn ist der des sächs. C. G. B., indem es im VII. Capitel heißt: „Ausschließung der Strafbarkeit a. wegen Mangels an Zurechnungsfähigkeit — 2) bei mangelndem Vernunftgebrauche (Art. 67.); 4) bei mangelnder Freiheit." (Art. 69.), nicht aber „wegen Zurechnungslosigkeit" und „Unzurechenbarkeit." Uebrigens ist es wohl eine logische und rechtliche Begriffsverwechselung, wenn es im S. C. G. B. II. Cap. heißt, die Zurechnungsfähigheit werde ausgeschlossen (1) „bei Kindern," 2) „bei mangelndem Vernunftgebrauche") 3) „bei Irrthum" und „4) bei mangelnder Freiheit:" Denn mindestens durch diese beiden letztern Gründe wird nicht die Zurechnungsfähigkeit, sondern die Zurechenbarkeit ausgeschlossen.

§. 287.

Zurechnungsunfähigkeit (eines Menschen oder Thäters)

läßt sich im allgemeinen bestimmen als der Mangel 1) entweder aller oder 2) irgend einer einzelnen, zur Begehung einer Rechtshandlung im allgemeinen, einer Rechtsverletzung im besondern erforderlichen körperlichen und geistigen Fähigkeit entweder 3) überhaupt als ursprünglicher oder Anlage (§. 10.), oder nur 4) als abgelei-

1) l. 12. ad l. Corn. d. sic. 48, 8. l. 14. d. off. praes. 1, 18. l. 9. §. 2. d. l. Pomp. 48, 9. l. 40. d. R. J. 50, 17. u. C. 15. qu. 1. can. 5.
2) P. G. O. Art. 150. 179. —
3) III., 3.

Digitized by Google

teter, empirischer bei dem einzelnen Verbrechen; Unzurechenbarkeit (einer That) aber als: Unthätigkeit oder Unwirksamkeit aller dieser Fähigkeiten oder einer einzelnen bei einer Handlung, z. B. Mangel oder Unthätigkeit und Unwirksamkeit der theoretischen (innern und äußern) Sinnlichkeit (Blindheit, Taubstummheit); ferner des Gedächtnisses nach Gehirn- und Seelenkrankheiten (daher gänzliches Vergessen der frühern Erfahrung, Kenntnisse u. s. w. insbesondere Gesetzesunkenntniß) bei einem solchen Verbrechen, zu dessen Begehung gerade die mangelnde Kraft unentbehrlich ist, ferner des Verstandes und der theoretischen Vernunft, der Urtheils und Schlußkraft, der praktischen Sinnlichkeit (wiewohl bei deren Mangel oder Unthätigkeit keine Rechtsverletzung vorkommt), des Willens (Nothstand, Nothwehr, mechanische Körpergewalt, psychologische Gewalt gegen Leib oder Leben (§. 28. 30—31. 33—34. 50. 63. 282.) und endlich der praktischen Vernunft (z. B. Wildheit). Sobald eine einzige von diesen Fähigkeiten entweder dauernd oder temporär bei der concreten Handlung fehlt, oder unthätig und unwirksam ist, ist allgemeine und concrete Zurechnungsfähigkeit, so wie eine Rechtsverletzung unmöglich. [1]) — Die Gründe der Zurechnungslosigkeit sind negative Erfoderniſse der Zurechnungsfähigkeit und Zurechenbarkeit. Diese hat aber auch noch außerdem positive.

§. 288.

Verhältniß der Zurechnungsfähigkeit und Zurechnungslosigkeit in den neuern Strafgesetzbüchern.

Alle neuern Strafgesetzbücher schweigen über die Zurechnungsfähigkeit und die Zurechenbarkeit ganz, geben die positiven Erfoderniſse derselben gar nicht an, sondern sprechen blos von der Zurechnungslosigkeit oder „Ausschließung der Strafbarkeit wegen Mangels an Zurechnungsfähigkeit," also blos negativ. Dieß ist wohl die Folge jener übertriebenen Angst und Furcht, durch Angabe der einzelnen positiven Erfoderniſse der Zurechnungsfähigkeit und Zu-

1) Der a. Code pénal Art. 64. deutet nur mit dem allgemeinen Ausdruck die Hauptaufhebungsgründe der Zurechnung an, ohne Aufstellung eines Grundsatzes. b. Das Preuß. Land. R. T. 20. §. 16. stellt blos einen allgemeinen Grundsatz auf, ohne nähere Anwendung und erschöpfende Aufzählung. (Unfreiheit) c. Das Baiersche, Art. 119. sächs. Art. 66—72. und Württemb., Art. 94—102. stellen gar keinen Grundsatz auf, sondern zählen einzelne Gründe der Aufhebung der Zurechnung auf. d. Das Luzerner Polizeistrafges.b. Art. 20. Der Badensche Gntw. Art. 67. stellen besser einen allgemeinen Grundsatz der Beurtheilung der Zurechnungslosigkeit (nicht der Zurechnungsfähigkeit, wie Mittermaier, zu Feuerbach's Lb. 13. Aufl. §. 85. not. II. S. 140. D. glaubt) auf („gänzlicher Mangel der Urtheilskraft, (des Bewußtseins) oder des freien Willens, (der Willkühr")) und geben dann Beispiele.

Digitized by Google

rechenbarkeit dem Richter die Bestrafung zu erschweren, nicht genug strafen zu können und etwa einmal eine strafbare Handlung straflos ausgehen lassen zu müssen; dieß ist ferner die Folge einer übergroßen Strafsucht, jener unseligen Vermuthung [1]) der Zurechnungsfähigkeit, Zurechenbarkeit und Strafbarkeit als Regel und der eben so falschen Betrachtung der Zurechnungs- und Strafloſigkeit als Ausnahme (§. 276.).

§. 289.

Auslegung der Strafgesetzbücher in Bezug auf die Zurechnungsfähigkeit und Zurechenbarkeit.

Diese Lückenhaftigkeit ist eine wesentliche. Denn indem die Strafgesetzbücher blos die Gründe der Zurechnungsloſigkeit und der Ausschließung der Strafbarkeit aufzählen oder angeben (also weder etwas gebieten noch verbieten), gebieten und lehren sie noch nicht die Bestrafung, Zurechenbarkeit und Zurechnungsfähigkeit, noch weniger die einzelnen positiven Erfoderniſſe und Bedingungen derselben. Diese sind nicht etwa mit jenen zugleich angegeben oder in jenen (indirect) enthalten, zumal da diese Absicht in den Strafgesetzbüchern mit keinem Worte angedeutet oder ausgedrückt ist und da der positiven Erfoderniſſe der Zurechnungsfähigkeit und Zurechenbarkeit weit mehr sind, als in unsern Strafgesetzbüchern Gründe der Zurechnungsloſigkeit angegeben sind. Diese deuten blos an oder lehren, in welchen Fällen keine Strafe eintreten könne und dürfe, nicht aber, daß in allen andern Fällen ohne Weiteres Strafe eintreten solle und müsse. Denn dieses letztere (höchst tyrannische) Gebot oder diese letztere Absicht der gesetzgebenden Gewalt ist nirgends in unsern Strafgesetzbüchern als Gebot, als Befehl, als Gesetz ausgedrückt oder nur angedeutet. Noch weniger aber wäre ein bloßer Schluß von einigen und einzelnen besondern Gründen der Zurechnungsloſigkeit als Ausnahme auf Zurechnungsfähigkeit, Zurechenbarkeit und Strafbarkeit als Regel [2]) in allen andern Fällen zuläſſig oder zureichend und schon wegen

1) Ganz übereinstimmend hiermit heißt es im Ber. d. Deputat. d. I. Kammer zu Art. 29. des Entw. (§. 290.), (L. A. Beil. z. II. Abth. 1. Slg. S. 56.). „Es schien der Deputation erforderlich, Vorsatz oder Fahrläſſigkeit (dolus oder culpa) als Vorbedingungen aller Strafbarkeit, durch eine präceptivere Faſſung dieses Art. in ein gehöriges Licht zu setzen, indem mehrere Fälle denkbar sind, die im VII. Capitel („Von den Gründen, welche die Strafbarkeit ausschließen oder tilgen") des Entw. fehlen, wo dennoch in Ermangelung einer jener Vorbedingungen keine Strafe eintreten kann." Krug, Studien, II. S. 41. Schüler, S. 55.

2) Für diese ist neuerlich wieder Welcker, in Hitzigs von Demme fortgesetzt. Annal. XIII. Bd. S. 401.

Digitized by Google

der Falschheit seiner Prämissen falsch. Denn weder die Zurechnungs- und Straflosigkeit ist Ausnahme, noch die Zurechenbarkeit und Strafbarkeit Regel, weder jene noch diese zu vermuthen. Eher könnte man bei einer geschlossenen Gesetzgebung die Strafbarkeit als aus dieser stets streng nachzuweisende und erweisbare Ausnahme, die Straflosigkeit aber in allen andern Fällen als Regel, so wie das Strafrecht selbst Ausnahme ist (§. 151 ff.), betrachten und vermuthen. Es ist daher Zurechnungsfähigkeit und Zurechenbarkeit nicht in allen den Fällen anzunehmen, in denen kein gesetzlicher Grund der Zurechnungslosigkeit in den Acten vorliegt. Vielmehr sind in allen, auch in diesen Fällen alle einzelnen positiven Erfordernisse der Zurechnungsfähigkeit und Zurechenbarkeit einer jeden Handlung zu prüfen, streng nachzuweisen und bei dem Mangel eines einzigen keine Strafe auszusprechen, selbst wenn kein gesetzlicher Grund der Zurechnungslosigkeit vorhanden ist. Auf diese Weise bildet sich der Richter nicht etwa neue Gründe der Zurechnungslosigkeit außer den gesetzlichen, er erkennt auch nicht auf das Dasein der Zurechnungslosigkeit, sondern er spricht nur bei dem Mangel eines positiven Erfordernisses der Zurechnungsfähigkeit und Zurechenbarkeit keine Strafe aus, er erkennt, daß keine Rechtsverletzung, kein Verbrechen, der subjective Thatbestand nicht vorhanden sei, daß eine wesentliche Voraussetzung desselben fehle. Uebrigens kann natürlich ohne Zurechnungsunfähigkeit (also bei vorhandener Zurechnungsfähigkeit) dennoch Unzurechenbarkeit, jene aber ohne diese nicht vorhanden sein.

§. 290.

Art. 29. des Entw. d. S. C. G. B.

In Sachsen werden diese Regeln und Ansichten bestätigt durch Art. 31. des C. G. B. im Anfange und Art. 32., nach welchen in der Regel zu einem jeden Verbrechen rechtswidriger Vorsatz als positives Erforderniß oder als Vorbedingung aller Strafbarkeit wesentlich und bloße Fahrlässigkeit nur in den im Gesetze bestimmten Fällen strafbar ist. Schon hieraus ergiebt sich, daß jede Handlung, jede Rechtsverletzung, jeder Erfolg, selbst der mit, aus und bei einer Rechtsverletzung entstehende rechtswidrige Erfolg nur dann strafbar ist, wenn gerade in Bezug auf jene und gerade auch auf diesen Vorsatz oder Fahrlässigkeit vorhanden ist. Dasselbe ergiebt sich aus dem von der I. [1]) und II. [2]) Kammer, also von allen drei gesetz-

1) L. A. Beil. z. II. Abth. 1. Samml. S. 56. f. — L. A. II. Abth. 1. B. S. 137. Mitth. S. 393.

2) L. A. Beil. z. III. Abth. 1. Slg. S. 50. f. — L. A. III. Abth. 1. B. S. 706. — Mitth. S. 2049.

Digitized by Google

gebenden Gewalten, angenommenen Art. 29. des Entwurfs des C. G. B.: „Eine dem Strafgesetze zuwiderlaufende Handlung kann entweder mit Vorsatz oder aus Fahrlässigkeit begangen werden," anstatt dessen die I. Kammer [3]), ungeachtet von einem Mitgliede die gänzliche Ueberflüssigkeit dieses Art. behauptet und von der Regierung zugegeben wurde, dennoch die von der Deputation in Uebereinstimmung mit den königl. Kommissarien vorgeschlagene Fassung annahm: „Eine dem Strafgesetze zuwiderlaufende Handlung kann nur dann strafbar sein, wenn sie entweder aus Vorsatz oder aus Fahrlässigkeit begangen worden ist." Die II. Kammer aber nahm den Art. so an, wie er im Entwurfe lautete. Endlich wurde dieser Art. in folgender Fassung von der I. [4]) und II. [5]) Kammer angenommen und in der ständischen Schrift der Regierung übergeben: „Strafbar ist nur Derjenige, der den Vorschriften dieses Gesetzbuchs mit Vorsatz oder aus Fahrlässigkeit entgegen handelt." In dem von der Ständeversammlung ganz rein und unbedingt angenommenen Decrete vom 17. Novbr. 1837 [6]) war dieser Art. 29. nicht unter den neunzehn Art., bei welchen die Regierung die Beschlüsse der Ständeversammlung nicht anzunehmen erklärte, folglich unter denen, die von der Regierung den Beschlüssen der Ständeversammlung gemäß angenommen worden waren. Ungeachtet dieser Uebereinstimmung aller drei gesetzgebenden Gewalten über jenen Art. 29. findet sich dieser dennoch im publicirten C. G. B. nicht. Ob die Weglassung eines ganzen, von allen drei gesetzgebenden Gewalten ausdrücklich für nöthig erachteten Art. durch eine von ihnen, von der Regierung allein, gegen die Beschlüsse der beiden Kammern, mit zur „Revision der „Redaction des C. G. B." gehöre, und in den Befugnissen der Regierung und der blos begutachtenden [7]) Redactionsdeputation gelegen habe, fragt sich. Denn jene hatte in dem Decrete vom 17. Novbr. 1837 nur gesagt, daß eine nochmalige Revision der

3) Deren Deputation sagt zu Art. 123. (118. des Entw.): „Durch das ganze Gesetzbuch läuft das Princip, daß bei jeder Handlung, wo das Gegentheil nicht ausdrücklich bestimmt ist, Absichtlichkeit zum Begriff erfodert wird." (L. A. Beil. z. II. 1. Slg. S. 96. Mitth. S. 501.

4) L. A. Beil. z. Abth. IV. Slg. 3. S. 488. f. Abth. 3. Bd. 3. S. 369. ff. Mitth. S. 5125.

5) L. A. Abth. 2. Bd. 2. S. 761. L. A. Beil. z. Abth. 2. Slg. 2. S. 15. L. A. Abth. 2. Bd. 2. S. 35. Mitth. Bd. 4. S. 2643. Bd. 7. S. 5674.

6) L. A. Abth. 1. Bd. 3. S. 125. ff. — L. A. Abth. 2. Bd. 2. S. 920. ff. Abth. 3. Bd. 3. S. 819. f. Mitth. Bd. 7. S. 6156. ff. u. 6364. ff.

7) Mitth. (S. 147. 152. 254. 158) S. 1782. 5981. 6156. 6364. Groß, das C. G. B. Dresden, 1838. II. Abth. S. 11.

Digitized by Google

Redaction des C. G. B. eintreten und dabei die Verbesserung, Beseitigung und Ergänzung der „bei einzelnen Art. sich etwa annoch ergebenden Dunkelheiten, Mängel, Widersprüche oder Lücken" erfolgen solle. Die Ständeversammlung aber erklärte, daß in Folge der gefaßten Beschlüsse um der Consequenz des Ganzen willen hier und da kleine materielle Veränderungen noch nöthig werden dürften, und ermächtigte die Regierung auch diejenigen kleinen materiellen Veränderungen vorzunehmen, welche durch die gefaßten Beschlüsse nöthig würden.[7]) Alles dieß paßt aber auf den Art. 29. des Entw. nicht. Zwar kann die Regierung Gesetzvorschläge zurücknehmen (Verf. Urk. §. 90. 94. 95.); allein nur in ihrer Ganzheit, nicht einzelne Theile, Artikel oder §§., und nur während des Landtags, nicht nach demselben. Auch geben die Stände ihre Schlußzustimmung zu einem Gesetze nur als zu einem Ganzen. Die Regierung kann daher nicht einzelne §§. eines Gesetzentwurfs publiciren, andere nicht u. s. w. Jedoch mag auch die Regierung nach §. 88. der Verf. Urk. vom 4. Septbr. 1831 vielleicht das Recht gehabt haben, jenen §. 29. eigenmächtig und gegen den Willen der Stände wegzulassen und das C. G. B. ohne ihn zu publiciren — (was wohl zu verneinen ist, da hier die Zustimmung der Stände bereits erfolgt, eine der ständischen Zustimmung bedürfende Verfügung, nicht nur ohne diese, sondern gegen diese, übrigens auch eigentlich nicht eine solche einzelne Verordnung, als solche, sondern „als Gesetz" und als „mit Zustimmung der Stände," auch ohne Contrasignatur sämmtlicher Minister, erlassen worden ist,) so hätte den Ständen bei der nächsten Zusammenkunft jene Abänderung und Weglassung des Art. 29. im C. G. B. zur Genehmigung vorgelegt werden sollen. Denn die Zustimmung der blos „begutachtenden" Redactionsdeputation kann diese Genehmigung nicht ersetzen. Es kommt jedoch auf den fraglichen Art. 29. um deßwillen nicht viel an, weil er einen unbestrittenen, daher auch ohne ihn in Sachsen praktisch-gültigen aber hochwichtigen Satz des Strafrechts enthielt.[8]) Dennoch ist dessen Weglassung sehr bedenklich und strafsüchtige Richter zu Mißverständnissen führend.

---

8) Günther, zu Art. 21. S. 28. — Auch in dem Gutachten der Deput. d. I. K. zu Art. 171. (161.) wird wiederholt, daß zu jedem Verbrechen, jeder strafbaren Thatsache entweder Absichtlichkeit oder das Voraussehen des Erfolgs erfoderlich sei. (L. A. Beil. z. II. Abth. 1. Slg. S. 111. — Mitth. S. 600. Krug, Studien, II. S. 41. f. 44.

Digitized by Google

§. 291.

Art. 67. 68. 69. des S. C. G. B.

Das S. C. G. B. spricht von der Zurechnungslosigkeit nicht umfassend genug in Bezug auf den Mangel aller einzelnen geistigen Fähigkeiten oder einer einzigen von ihnen oder der Thätigkeit und Wirksamkeit derselben, sondern blos von „Beraubung des Gebrauchs der Vernunft [1]) durch Seelenkrankheiten," nicht von diesen, von Seelenkrankheiten selbst und allgemein, ferner von „Taubstummheit mit Unterrichtslosigkeit," von dem „Zustande völliger Bewußtlosigkeit" (Art. 67.), von „Irrthum" (Art. 68.) und „mangelnder Freiheit" (Art. 69.) als Gründen „des Mangels an Zurechnungsfähigkeit." Auch hiervon ist der Grund in jener Furcht zu suchen, durch Charakterisirung des Mangels aller einzelnen geistigen Kräfte oder nur einer (jeden) einzelnen einzigen allein, oder der Thätigkeit und Wirksamkeit derselben, als eines Grundes der Zurechnungslosigkeit, diese zu sehr auszudehnen und dadurch etwa oder vielleicht einmal eine zurechenbare Handlung als zurechnungslos vorübergehen lassen zu müssen. Allein diese Furcht ist in ihren Gründen und Folgen ungegründet. Auf der andern Seite enthält die so beschränkte und lückenhafte Angabe der Gründe der Zurechnungslosigkeit die schreckliche Möglichkeit, daß von diesen in einem einzelnen Straffalle kein einziger vorhanden, der Richter also Zurechnungslosigkeit des Thäters nicht aussprechen dürfte, ungeachtet seiner Ueberzeugung und der psychologischen und vernunftrechtlichen Gewißheit, daß der Thäter psychologisch und vernunftrechtlich zurechnungslos gewesen sei, nicht aber nach dem — als Gründe hiervon — den Mangel blos einiger wenigen geistigen Kräfte und nur einzelne wenige Zustände in ganz engen Ausdrücken aufzählenden C. G. B. Da die Beschaffenheit und Thätigkeit der Seelenkräfte weder a priori noch empirisch völlig erforscht ist, da die Verschiedenheit so wie die Zahl der Gründe und Zustände der Zurechnungslosigkeit, der Combinationen der Unthätigkeit und des Mangels der Seelenkräfte, ferner die Vielfachheit der Seelenkrankheiten so unendlich und unerforschbar ist und durch Zeit und Erfahrung in neuen Fällen immer noch erhöht und vermehrt wird [1]), so muß über die Zurechnungslosigkeit in einem C. G. B. entweder so allgemein, umfassend und vollständig als möglich [1]), oder gar nichts bestimmt und Alles der Wissenschaft überlassen werden, so

1) Mittermaier, i. Arch. des C. R. 1835. S. 93. ff. 1836. S. 605.

Digitized by Google

wie auch über den Begriff, das Wesen, den Inhalt und Umfang des rechtswidrigen Vorsatzes, der Zurechnungsfähigkeit und Zurechenbarkeit in den meisten Strafgesetzbüchern wenig oder gar nichts bestimmt ist.

§. 292.

Umfang des Art. 67[2])—69. des C. G. B.

Dennoch ist diese beschränkte Bestimmung der Zurechnungslosigkeit im C. G. B. nicht so nachtheilig, aus einem doppelten Grunde. Einmal, weil der Strafrichter in einem jeden einzelnen Falle alle einzelnen (positiven) Erfordernisse der Zurechenbarkeit einzeln und genau zu prüfen und zu erweisen, und wenn ein einziges fehlt, keine Strafe auszusprechen hat, selbst wenn kein einziger von den in Art. 67—69. angegebenen Gründen der Zurechnungslosigkeit vorhanden ist (§. 289.). Der andere Grund ist der, weil bei der engen und unzertrennlichen Verbindung und Thätigkeit aller geistigen Kräfte der Mangel und die Unthätigkeit einer jeden einzelnen auch mit dem und der aller andern, und der Mangel und die Unthätigkeit aller andern, als der im Art. 67—69. angedeuteten, auch mit dem und der eben dieser verbunden sein wird. Dennoch lassen sich aber allerdings auch entgegengesetzte Fälle, d. h. solche Fälle[1]) denken, in denen eine einzelne zur Begehung eines bestimmten Verbrechens erfoderliche geistige (oder körperliche), Kraft, z. B. ein äußerer Sinn, das Gesicht, das Gehör, oder ein innerer, z. B. das Gedächtniß, oder die Urtheils- und Schlußkraft (bei ganz Wilden) oder die praktische Vernunft (ebenfalls bei ganz Wilden) mangelt oder wegen andrer Umstände, als einer Seelenkrankheit, z. B. wegen gänzlicher Ungebildetheit eines in der Wildniß unter Thieren Aufgewachsenen gar nicht, oder entgegengesetzt wirksam oder unthätig gewesen, alle oder einige andere Seelenkräfte völlig gesund, wirksam und thätig, die Handlung selbst also zurechnungslos, vom Thäter verursacht worden, und dennoch kein einziger von den in Art. 67—69. angegebenen Gründen und Zuständen der Zurechnungslosigkeit vorhanden ist. Aus obigen zwei Gründen ist auch die Frage müssig, ob die Zahl der in Art. 67—69. angegebenen Gründe und Zustände der Zurechnungslosigkeit nach dem Sinne des C. G. B. und dem Willen des Gesetzgebers eine vollständige, abgeschlossene

1) Mittermaier, Arch. d. C. R. Neue Folge, 1836. S. 606. Herrmann, Zur Beurtheil. d. S. C. G. B. 1836. S. 137.

2) Friedrich, System. Hdb. d. ger. Psychol. Leipzig 1835. S. 542. Mittermaier, im Arch. d. C. R. Neue Folge, 1835. S. 104. 93. Herrmann, z. Beurtheil. S. 137.

Digitized by Google

und alle andern ausschließende sei oder nicht, d. h. ob der Richter noch andere Gründe und Zustände der Zurechnungslosigkeit aus der Wissenschaft des Strafrechts und der Psychologie entlehnen und anwenden dürfe. Für die erstere Ansicht spricht allerdings der Zweck eines ganzen Strafgesetzbuchs, wiewohl jener Sinn und Wille in dem C. G. B. nirgends, auch nicht mit einem Worte, wenigstens nicht mit einem einzigen anordnenden, befehlenden, verbietenden, kurz mit einem präceptiven Worte angedeutet ist. Denn im „Siebenten Capitel" heißt es blos: „Von den Gründen, welche die Strafbarkeit ausschließen oder tilgen." I. „Ausschließung der Strafbarkeit a. wegen Mangels an Zurechnungsfähigkeit" u. s. w., 1) (Art. 66.), 2) (Art. 67.), 3) (Art. 68.), 4) (Art. 69.) — Auch nach Art. 1. „findet" das Gesetzbuch „Anwendung" blos auf solche Handlungen oder Unterlassungen, welche .... mit Strafe bedroht sind". Eben so sind durch die Verordnung (?) die Publ. des C. G. B. betr., v. 30. März 1838. aufgehoben und für ungültig erklärt (nur) „alle bisher bestandene, gesetzliche Bestimmungen (nur) über „Bestrafung" von Verbrechen oder Vergehungen", folglich (ausdrücklich) nicht die über Strafloſigkeit, Zurechnungsloſigkeit u. s. w. Mittermaier[2]) ist für die erstere Ansicht. Gewiß ist ferner, daß, wenn man annimmt, in Art. 1. des C. G. B. sei (ausdehnende) Gesetzesanalogie erlaubt, diese auch in Bezug auf das VII. Capitel und die Gründe und Zustände der Zurechnungsloſigkeit zulässig ist.[3])

§. 293.

Umfang des Art. 67. des C. G. B. (Cap. VII.)

„1) Ausschließung der Strafbarkeit a. wegen Mangels an Zurechnungsfähigkeit .... 2) bei mangelndem Vernunftgebrauch". Art. 67.: „Deßgleichen findet die Zurechnung eines Verbrechens nicht statt a. bei Personen, welche durch eine Seelenkrankheit des Gebrauchs ihrer Vernunft beraubt sind; b. bei taubstumm gebornen oder in den Jahren der Kindheit taubstumm gewordenen Personen, welche ohne Unterricht geblieben sind; c. bei denjenigen, welche zu der Zeit des verübten Verbrechens durch Krankheit oder andere Umstände in dem Zustande völliger Bewußtloſigkeit sich befunden haben." — Der Ausdruck „völlige Bewußtloſigkeit"[1])

2) zu Feuerbachs, Lb. 13. Aufl. 1840. §. 85. not. II. C. S. 140.
3) Krug, Studien, I. S. 10. S. 4. not. 2.

1) Mittermaier, z. Feuerbach's Lb. 13. Aufl. 1840. §. 90 a. not. p. S. 153.

Digitized by Google

ist — vorzüglich wegen des Pleonasmus — eben so mit Recht getadelt werden, als der Ausdruck: „mangelnder Vernunftgebrauch" oder „Beraubung des Vernunftgebrauchs".[2]) Eben so unverhältnißmäßig und ungleichen Umfangs sind die Ausdrücke: „Krankheit der (ganzen) Seele" und „Beraubung des Gebrauchs der „Vernunft". Besser und consequenten war es zu sagen: Beraubung des Gebrauchs einer Seelenkraft. Dann stand diese Wirkung mit jener Ursache, — der Seelenkrankheit mehr im Einklange und Verhältnisse. Eine Seelenkrankheit wird selten blos auf die Vernunft, sondern auf die ganze Seele, also alle Seelenkräfte wirken oder es ist keine Krankheit der (ganzen) Seele, sondern nur die einer einzelnen Function oder Kraft, z. B. blos der Vernunft. Eben so wenig steht der Umfang der Ueberschrift des Art. 67.: „mangelnder Vernunftgebrauch" im Einklange und Verhältnisse mit dem Umfange des Art. selbst. Denn in diesem heißt es bereits und allein unter a.: „Beraubung des Gebrauchs der Vernunft." Die ganze Ueberschrift wird daher bereits durch den einzigen Punkt unter a. erschöpft, so, daß der übrige Inhalt des Art. 67. (nr. b. und c.) ohne Ueberschrift ist oder diese wenigstens auf ihn nicht mit, sondern als solche blos auf einen Theil des Art. 67. paßt oder wieder Gattungen und Arten von Geisteskräften vermischt sind oder endlich der Ausdruck „Vernunftgebrauch" in verschiedener Bedeutung gebraucht, in der Ueberschrift von weiterm Umfange und gleichbedeutend mit „theoretisches Vermögen", in dem Art. selbst unter a. von engerm Umfange für „theoretische Vernunft" im engsten theoretischen oder psychologischen Sinne (§. 14.) gebraucht ist. Und allerdings spricht hiefür der Inhalt des Art. 67. Denn er umfaßt alle drei Potenzen des theoretischen Vermögens (§. 14.), nämlich die theoretische Sinnlichkeit unter b., wiewohl auch nur einen (oder zwei) einzelnen Sinn, den Mangel des Gehörs (und der Sprache), den Verstand unter c. (Bewußtlosigkeit) und die Vernunft unter a. Freilich ist auch die Ordnung, in der sie hergezählt werden, nicht wissenschaftlich. Denn nach dieser mußte entweder das erste Glied a. oder das zweite b. das letzte bilden.

2) Mittermaier, Arch. d. C. R. Neue Folge, 1835. S. 93. 105. zu Feuerbach's Lb., 13. Aufl. 1840. 90a. not. cc., a. C. S. 156. Laube, d. gesetzl. Bestimmungen d. Zurechn. aus d. ärztl. Ges.p., Tübingen, 1837. S. 36. Kitka, in d. Zeitschr. f. österr. Rechtsgel. 1839. S. 143. A. M. sind Herrmann, z. Beurth. d. Entw. d. C. G. B. f. Sachsen, S. 137. — Hepp, Theor. d. Zurechn. S. 15.

Digitized by Google

§. 294.

Allgemeine und concrete Zurechnungslosigkeit in Art. 67.

Ferner ist in diesem Art. 67. der Mangel ursprünglicher Geisteskräfte oder Anlagen (b. und wohl auch a.) nicht getrennt von dem abgeleiteter oder empirischer bei einzelnen concreten Verbrechen oder „zur Zeit des verübten Verbrechens", mithin (allgemeine) Unfähigkeit der Zurechnung vermischt mit der besondern und concreten und mit der Unzurechenbarkeit. Hierdurch ist aber auch eine Unvollständigkeit des Art. 67. in seinen Worten und Ausdrücken entstanden. Denn bei dem „Mangel des Gebrauchs der Vernunft" ist scheinbar nur der fortwährende Mangel desselben und der Vernunft als ursprünglicher Fähigkeit im allgemeinen, (Zurechnungslosigkeit) nicht der blos zeitliche Mangel der Vernunft als abgeleiteter, concreter „zur Zeit des verübten Verbrechens"; bei dem Mangel des Bewußtseins nur der letztere, der zeitliche Mangel des concreten Bewußtseins „zur Zeit des verübten Verbrechens", nicht auch jener, der fortwährende Mangel des Bewußtseins oder der fortdauernde Zustand der Bewußtlosigkeit ausgedrückt. Wollte man, wie man eigentlich muß, diese Verschiedenheit der Ausdrücke und Redeweise für eine absichtliche halten und vollkommene Richtigkeit des Ausdrucks bei dem Gesetzgeber voraussetzen, so wie ex opposito schließen,[1]) so würde man Art. 67. den Worten gemäß beschränkt auslegen und anwenden müssen. Allein da auch Consequenz bei dem Gesetzgeber vorauszusetzen ist, nicht nur formale, (in den Worten), sondern hauptsächlich auch materielle in den Bestimmungen und dem Wesen des Gesetzes, Inconsequenzen möglichst zu heben und ein Gesetz vorzüglich da anzuwenden ist,[2]) wo noch stärkere Gründe dazu vorhanden sind, (Art. 67, c.), so ist gleicher, allgemeiner Umfang der Bestimmungen des Art. 67., sowohl der unter a. als der unter b. anzunehmen. — Uebrigens wurde zu Art. 67. ein Antrag auf gesetzliche Berücksichtigung geschwächter Zurechnungsfähigkeit von der Ständeversammlung verworfen. — Daß die Altersschwäche in Art. 67. unter a. und der Zustand der Trunkenheit und des Schlafes unter Art. 67. c. mit enthalten sei, dieß ergiebt sich schon aus der rein grammatischen Auslegung, nicht etwa nur und nicht genügend[3]) aus

1) Mühlenbruch, Lb. d. Pand. R. I. §. 58. not. 3. S. 127. §. 59. not. 3. 4. 6. S. 129. §. 20. S. 130.

2) Mühlenbruch, i. a. W. I. §. 62. not. 9. 15. S. 134. §. 63. not. 1. 1a. 2. S. 136.

3) Meine Theor. d. Ausl. constitutioneller Gesetze, Lpz., 1841. §. 19. ff.

Digitized by Google

dem Deput.ber. d. II. K. (L. A. Beil. z. III. Abth. 1. Slg. S. 63.), der ständischen Schrift (L. A. I. Abth. 3. B. S. 557.) und der Erklärung der Regierung (in den Protokollen der I. K. II. Abth. 1. Bd. S. 162. Mitth. S. 430. 2651.).

Fünfte Abtheilung.

Vom rechtswidrigen Vorsatze und der Fahrlässigkeit.

§. 295.

Besondere subjective Erfodernisse einer Rechtsverletzung. 1) Rechtswidriger Vorsatz. Erklärung. [1])

Blos auf (Rechts-) Verletzungen beschränkt, nicht auf (Rechts-) Handlungen im allgemeinen, wie die Zurechnungsfähigkeit, erstreckbar ist der Vorsatz (Dolus). Derselbe ist als allgemeinster und Geschlechtsbegriff das (praktische) Wollen (oder der Wille) der Verletzung eines Gesetzes (im weitesten Sinne) oder einer Regel mit (theoretischer) Ueberzeugnng von derselben und ihren einzelnen objectiven wesentlichen Erfodernissen. In diesem allgemeinsten und weitesten Sinne kann man denselben eintheilen in den theoretischen und praktischen. Beide bestehen in dem Wollen der Verletzung einer Regel oder eines Gesetzes, jener eines theoretischen (intellectuellen, logischen, ästhetischen, des Gesetzes einer Kunst, oder Wissenschaft), dieser eines praktischen (moralischen im weitesten Sinne) Gesetzes mit der Ueberzeugung von dieser Verletzung. Dieser, der praktische Vorsatz oder Dolus ist wieder entweder ein moralischer (im engern Sinne) oder ein rechtlicher, rechtswidriger, juristischer, je nachdem das verletzte Gesetz ein moralisches oder ein Rechtsgesetz ist. Jener — rechtlich erlaubt, — heißt auch dolus bonus, dieser dolus malus. Dieser letztere kommt allein in der Rechtswissenschaft in Betracht und besteht also in dem Wollen (Willen) der Verletzung eines Rechtsgesetzes, eines Rechts oder einer Rechtspflicht mit der Ueberzeugung von derselben. Dieser, der rechtliche, juristische oder rechtswidrige Vorsatz ist nun wieder

1) S. Meine „Doli descriptio", Misenae, 1837. §. 1. 2. §. 4—6. p. 3. sqq. Die einzelnen wesentlichen Merkmale des Dolus im allgemeinsten Sinne sind dort aus dem Röm. Rechte nachgewiesen, in §. 4—6. p. 7. sqq.; die zufälligen in §. 7—8. p. 10. sqq., die Definitionen Andrer (Civilisten) §. 9. p. 12., der Unterschied des Dolus von fraus, mala fides culpa u. s. w. §. 10. 11. p. 12. sq. §. 19. 20. p. 17. sq. §. 25. p. 19. Voluntas nocendi — l. 1. ad l. Corn. d. sic. 48, 8. gehört nicht in jeden Dolus. Roßhirt, i. R. Arch. d. C. R. VIII. S. 373.

Digitized by Google

entweder ein privatrechtlicher (dolus civilis) oder ein ſtrafrechtlicher oder ſtrafrechtswidriger, je nachdem das verletzte Rechtsgeſetz ein privatrechtliches oder ein Strafgeſetz iſt. Dieſer, der ſtrafrechtswidrige oder rechtswidrige oder kurz Vorſatz genannt, iſt alſo: das (praktiſche) Wollen der wirklichen Verletzung eines Strafgeſetzes (der Begehung eines Verbrechens) mit der (theoretiſchen) Ueberzeugung (der Wirklichkeit) von derſelben und ihren einzelnen weſentlichen objectiven Erforderniſſen durch eigne Kräfte und Mittel. Der Begriff und das Weſen des rechtswidrigen Vorſatzes iſt durch das S. C. G. B. Art. 31. nicht verändert auch nicht erweitert worden, wie es auf den erſten Anblick ſcheinen könnte. Nur der Beweis deſſelben iſt ſehr erleichtert worden, was allerdings praktiſch und der Wirkung noch faſt auf Eines und daſſelbe — Erweiterung des Umfangs und Beſchränkung des Inhalts des Begriffes des Vorſatzes — hinausläuft, ungeachtet der theoretiſchen Verſchiedenheit.

§. 296.

Andrer Strafrechtslehrer Erklärung vom rechtswidrigen Vorſatze.

Von andern Strafrechtslehrern wird der criminalrechtliche Dolus ſo definirt: 1) von Feuerbach[1]) „Beſtimmung (?) des Willens, (Begehrungsvermögens) zu einer Rechtsverletzung als Zweck mit dem Bewußtſein (? ſ. §. 20—24. 66—69.) der Geſetzwidrigkeit des Begehrens;" 2) von Mittermaier[1]): „Entſchluß (?) zur Begehung einer mit Strafe bedrohten Handlung oder ſtrafbaren Unterlaſſung einer Handlung, mit dem Bewußtſein (§. 20—24. 66—69.) der die Strafbarkeit der Handlung oder Unterlaſſung begründenden Merkmale;" Martin[2]): „Beſtehet der Zweck des Thäters in der Hervorbringung eines Verbrechens, welches der Thäter als eine ſtrafbare Pflichtverletzung zur Zeit ſeines Entſchluſſes wirklich kennt, ſo handelt er zu Folge eines verbrecheriſchen Vorſatzes;" 3) Abegg[3]): „Es kann ein beſtimmter, geſetzwidriger Erfolg als ſolcher gekannt, gedacht und gewollt, als nächſter Zweck beabſichtigt (?) und durch ein hierauf berechnetes geeignetes (?) Benehmen herbeigeführt ſein (dolus). Rechtswidriger

1) Lb. 13. Aufl. 1840. §. 54. S. 90. und not. I. S. 91. Mittermaiers Tadel der Feuerbach'ſchen Definition (ſie paſſe nicht auf die im Affect und auf, nur als Mittel zu andern Zwecken (alſo immer zu Mittelzwecken und als Mittelzwecke) verübte Verbrechen iſt ungerecht. Denn alle dieſe ſind auch (wenn auch nur Mittel-) Zwecke.

2) Lb. §. 33. not. 6—7. S. 74.

3) Lb. der Straf. R. W. §. 82. S. 136. u. §. 83. S. 132.

Vorſatz (dolus) iſt der Entſchluß (?) zur Hervorbringung eines als geſetzwidrig erkannten Erfolgs. Das Verbrechen, als vorſätzliches, hat die beiden Merkmale des Wiſſens (? ſ. §. 20—24. 66—69.) und Wollens, dieſes in Beziehung auf die Wirkung der eben dadurch beſtimmten Thätigkeit — (auch auf dieſe letztere ſelbſt!) jenes auf (?blos?) das Bewußtſein (?) der (?blos? §. 64. f.) Geſetzwidrigkeit. Ohne das Zuſammentreffen beider, wenn alſo Wiſſen oder Wollen oder beides fehlt, iſt entweder gar kein Verbrechen oder doch nur ein fahrläſſiges vorhanden;" — 3) von Bauer[4]: „Entſchluß zur Begehung der vom Handelnden als Verbrechen erkannten Handlung." — Die Legaldefinitionen des Römiſchen Rechts[5] paſſen nur auf den privatrechtlichen Dolus.

§. 297.

Grade des rechtswidrigen Vorſatzes.

Der rechtswidrige Vorſatz hat ſeinem Inhalte, oder ſeiner intenſiven Größe nach Grade oder Abſtufungen,[1] und zwar natürlich ſo viele (höhere und niedere), als die Ueberzeugung und der Wille, aus denen er beſteht. Wenn alſo und weil dieſe, ſeine Beſtandtheile, ſo wie die „Klarheit" und „Deutlichkeit" der Begriffe, (§. 18—24. 66—69. 86. §. 26.), ſo muß auch der aus ihnen beſtehende oder zuſammengeſetzte rechtswidrige Vorſatz Grade haben. Denn was von allen einzelnen Theilen eines Ganzen gilt, das muß auch von dieſem Ganzen ſelbſt, und was von allen weſentlichen Merkmalen eines zuſammengeſetzten Begriffs gilt, das muß auch von dieſem ſelbſt gelten. Dergleichen Grade des rechtswidrigen Vorſatzes deutet das Römiſche Recht[2] an durch: „praemeditatio," „propositum" und „impetus;" die Carolina[3] durch „viel oder wenig boshaftig und ſchedlich," das S. C. G. B. Art. 27 u. 28. durch „nach dem Grade der gezeigten Böswilligkeit;" ferner Art. 132, 5. durch „ausdrücklich be-

4) Lb. §. 33. not. 5—7. S. 74.

5) von Servius Sulpicius „machinationem quandam alterius decipiendi causa, cum aliud simulatur, aliud agitur" und von Labeo (und Ulpian) „omnem calliditatem, fallaciam, machinationem, ad circumveniendum, fallendum, decipiendum alterum adhibitam." l. 1. §. 2. d. dolo malo. 4, 3.

1) Martin, Lb. §. 34. not. 11—12. S. 77. A. M. ſind z. B. Abegg, Lb. §. 84. S. 134. §. 26. S. 72. Marezoll, Lb. §. 42. S. 128.

2) l. 11. §. 2. d. poen. 48, 19. l. 38. §. 8. ad l. Jul. d. adult. 48, 5. c. 4. cod. 9, 9.

3) P. G. O. Art. 112. ferner Art. 113. 114. 137. 160.

Digitized by Google

absichtigen;" Art. 121. 123. 126. durch „Vorbedacht," durch Annahme „einer vorsätzlichen Tödtung mit Ueberlegung" (Art. 121.), und „ohne Ueberlegung" (Art. 123.), und einer fahrlässigen noch außerdem (Art. 127.), ferner durch die Bezeichnung desselben rechtswidrigen Vorsatzes durch, verschiedene Grade andeutende Worte, oft sogar in einem und demselben Art. mit besondern Strafen, z. B. „Bosheit," „Muthwille," in Art. 310. 288. 289. 22, 1. 12., so wie endlich durch die besondere Hervorhebung und Bestrafung des „Eigennutzes, der Rache, Bosheit und des Muthwillens" in Art. 12 u. 22, 1. 288. 289. 291. 62. 310. 207., des „Leichtsinns," Art. 62. 187. 256. u. s. w. Natürlich sind diese Grade des rechtswidrigen Vorsatzes keine besondern Unter-Arten desselben als Gattungsbegriffes, wie Mittermaier [4]) meint. Eben so wenig können sie eine Eintheilung des rechtswidrigen Vorsatzes begründen. Denn hierzu fehlte es an der generischen oder specifischen Differenz. Wollte man aus jenen Graden dennoch Arten des rechtswidrigen Vorsatzes machen, so würden und müßten auch diese, wie jene, und wie die Grade der Ueberzeugung und des Willens, unendlich und unzählig sein [5]). Daher sind auch Ausdrücke, wie „eventueller," „unbestimmter," „indirecter" Vorsatz (ferner „dem Vorsatze nahe oder entfernte," oder „durch Vorsatz bestimmte Fahrlässigkeit"), theils materiell falsch, unzureichend und verwirrend, theils überflüssig und nutzlos.

§. 298.

Wesen des rechtswidrigen Vorsatzes.

Der verbrecherische Vorsatz strebt also nach einem an und für sich [1]) oder doch um seiner Folgen willen strafbaren und dem Handelnden zur Zeit seines Entschlusses in dieser Eigenschaft oder Strafgesetzwidrigkeit — nicht blos Unerlaubtheit — bekannten Zwecke, ist mithin Wissen und Wollen [2]) der einzelnen, ein Verbrechen oder dessen Thatbestand oder Wesen ausmachenden Bestandtheile. Fehlt eines von beiden Bestandtheilen des Vorsatzes — Wissen oder Wollen, ist mithin blos eines von ihnen allein, ohne

4) zu Feuerbach's Lb. §. 54. S. 92.

5) In l. II. §. 2. d. poen. 48, 19. ist zwar scheinbar eine Trichotomie: „Delinquitur aut proposito, aut impetu aut casu", allein richtiger und klarer eine Dichotomie in l. 5. §. 2. cod.: „consulto an casu.

1) z. B. l. 4. §. 2. l. 15. §. 1. ad l. Corn. d. sicar. 48, 8. l. 7. §. 5. d. iurisd 2, 1. P. G. O. Art. 177. u. 178.

2) Abegg, Lb. d. Straf. R. W. 1836. §. 82. S. 130. §. 83. S. 132.

Digitized by Google

das andere, oder sind zwar beide vorhanden, allein eines oder beide sind in Bezug auf ein einziges Erforderniß des Verbrechens nicht wirklich, so ist auch kein verbrecherischer Vorsatz vorhanden. Hiernächst ist aber auch noch wesentlich, daß der Handelnde die Erreichung und Erreichbarkeit der wirklichen Verletzung durch eigne Kräfte, Mittel und Thätigkeit oder durch sich als wirkende (wenn auch geistige, intellectuelle) Ursache wolle und wisse, und nicht ohne Ueberzeugung hiervon, allein oder mit auf einen glücklichen Zufall, auf fremde, von seinem Wissen und Wollen unabhängige, zufällige Mitwirkung des Schicksals, der Sinnenwelt, Naturkräfte u. s. w. sich verlasse oder vertraue. Denn sonst ist kein rechtswidriger Vorsatz, sondern bloßer Wunsch, Einwilligung, „Billigung" vorhanden. Für die Zurechnung überhaupt, wenn auch nicht für die Größe der Schuld und der Strafe, zufällige Merkmale des Verbrechens sind es, ob der Thäter dem Strafgesetze offen [3]) (s. jedoch §. 71 u. 95, a.) oder heimlich, durch Unterlassen [4]) oder durch positive Thätigkeit zuwidergehandelt, ob der Beweggrund, die Gesinnung gut oder schlecht war (s. jedoch §. 71 u. 95, a.), ob der Thäter den Zweck erreicht habe oder nicht, wenn nur die Erreichung wenigstens möglich war. Jedoch wird nach dem S. C. G. B. Art. 27. nicht einmal dieß erfordert.

§. 299.

Namen des rechtswidrigen Vorsatzes nach dem S. C. G. B.

Zweckmäßig und consequent ist es, in einem Gesetzbuche den rechtswidrigen Vorsatz stets und durchgehends mit einem und demselben Ausdrucke oder Namen — sowohl als Haupt- als auch als Beiwort — zu bezeichnen. Dieß ist weder im Römischen Rechte, noch in dem S. C. G. B. der Fall. Dennoch muß man aber in Gesetzen und bei dem Gesetzgeber strenge Consequenz im Ausdrucke, Absichtlichkeit und Zweck in einem jeden Worte und daher auch Absichtlichkeit, nicht bloße Nachlässigkeit bei jeder Abweichung von dem gewöhnlichen Namen und Ausdrucke voraussetzen, folglich auch, da es streng genommen keine wirklich synonimen oder absolut-gleichen und identischen Worte (und Begriffe) giebt, annehmen, daß im

3) l. 7. §. 8. d. iniur. 47, 10. l. 28. §. 3. d. poen. 48, 19. P. G. O. Art. 131. 167. 168. S. C. G. B. Art. 68. 130. 167. 171, 4. 230. Zu manchen Verbrechen wird jedoch Oeffentlichkeit erfodert, z. B. C. G. B. 112. 113. 115. 117. 118. 119. 193. s. §. 95. a.

4) l. 2. 6. d. l. Pomp. 48, 9. l. 9. §. 1. d. l. Corn. d. fals. 48, 10. Vol. O. v. 1577. I. §. 6. f. oben §. 45.

Digitized by Google

C. G. B. mit andern Ausdrücken auch Etwas Anderes habe bezeichnet, folglich auch durch die verschiedenen Worte „Böswilligkeit [1]), Vorsatz [2]), rechtswidriger Vorsatz [3]), vorsätzlich [4]), Absicht [5]), absichtlich [6]), rechtswidrige, widerrechtliche Absicht [7]), beabsichtigen [8]), ausdrücklich beabsichtigen [9]), Zweck [10]), Endzweck [11]), bezwecken [12]), Entschluß [13]), bewirken wollen [14]), mit Vorbedacht gefaßter Entschluß [15]), Ueberlegung [16]), Muthwille [17]), Bosheit [18]), Rache [19]), und vorzüglich auch „um ...." zwar im Wesentlichen derselbe Dolus, aber doch in verschiedenen Nuancen, Modificationen, Nebenbeziehungen u. s. w. habe ausgedrückt werden sollen. Dennoch dürfte dieß von dem S. C. G. B. sowohl hier als in andern Beziehungen schon aus dem historischen Grunde nicht so streng gelten und anzunehmen sein, weil Regierung und Stände — allerdings merkwürdig genug — die Form, Ausdrücke, die Worte, Fassung und den Styl, kurz, die Redaction des Gesetzbuchs für Nebensache, für ganz unbedeutend hielten, von der Berathung ausschlossen und die Stände sogar der Regierung — nebst einer bloß beguta chtenden Redactionsdeputation überließen [21]). Sodann dürfte auch eben aus demselben Grunde der Nachweis, daß obige allerdings verschiedenen Ausdrücke für „rechtswidrigen Vorsatz" Ver-

1) Art. 27. 42. 292. —
2) Art. 31.
3) IV. Cap. Ueberschr. u. Art. 32.
4) 131. 59.
5) Art. 106. 130. 131. 156. 148. 149. 150. 167. 171, 3. 174. 175. 183. 194. 197. 199. 216. 223. 233. 234. 249. 258. 260. 261. 268. 269. Art. 50. 245. 284. 65. 81, 3. 137. 144. 185. 262. 271.
6) Art. 12. 222. 36. 67. 94. 96. 140. 160. 198. 145, 1.
7) 174. 175. 249.
8) Art. 26. 29. 30. 31. 47. 86. 116. 145, 1. 152. 248. 249. 132.
9) Art. 132, nr. 5.
10) Art. 30. 144. 146. 254. 145.
11) Art. 151. 160.
12) Art. 84.
13) Art. 126. 121.
14) Art. 31.
15) Art. 121.
16) Art. 123. und Art. 62. 187.
17) 12. Art. 22, 2. 288. 289. 291.
18) 12. 22. 2. 62. 288. 289. 291. 310. 207.
19) 12. 22, 2.
20) 62. 187. 256.
21) Mittheil. v. Landt. 1836|37. S. 147. f. S. 152. 154. 158. 1782. 5991. 6156. 6364. ff. Groß, Bem. zu dem C. G. B. II. S. 11. und unten §. 378. ff.

Digitized by Google

schiedenheiten und welche? bedeuten, ohne alle Hülfsmittel unmöglich sein.

§. 300.

Vorsatz, Absicht, Zweck, Entschluß, impetus, propositum.

Denn an und für sich ist z. B. „Vorsatz," „Absicht," „Zweck," „Entschluß" und „Muthwille" verschieden. So hat Vor — satz (pro-positum) — eigentlich ein Entschluß des Willens, vermöge dessen man seinen Handlungen einen Zweck bestimmt — im Gegensatze von „impetus," „Affect," die Nebenbedeutung von „Vor — bedacht," der, eine Zeit lang vor der Ausführung gesetzten Ausführung, die Nebenrücksicht eines Zeit-Zwischenraums zwischen dem Entschlusse und der Ausführung, und insofern auch die Nebenbedeutung der Festigkeit (— Satz") und der Beziehung auf den Erfolg des Verbrechens, als (Ent-)Zwecks, nicht als Mittels zu andern Zwecken [1]). Sodann ist die „Absicht" mehr subjectiv; der „Zweck" mehr objectiv; der „Entzweck," der höchste und letzte Zweck. Krug [2]) glaubt, „Absicht" bedeute im C. G. B. nicht blos den strafrechtlichen Dolus, sondern daß der Erfolg dolo directo beabsichtigt worden sei (z. B. in Art. 137. 132, 5.), weil sich sonst die Voraussetzung der Absicht von selbst verstehen würde! Allein wie oft (s. §. 299, 5.) ist das Wort „Absicht" auch im besondern Theile gebraucht und hinzugefügt! Wie oft — (d. h. im besondern Theile stets) ist es überflüssig gebraucht, weil es sich nach Art. 29. des Entw. und 31. des C. G. B. (s. §. 290.) bei allen Verbrechen von selbst versteht. Hierzu kommt noch, daß es einen indirecten Vorsatz gar nicht giebt (s. unten). Krug verwechselt Grade des Vorsatzes mit Arten. Uebrigens wird auch der Zweck (finis) stets zur Absicht (intentio), sobald er in den Willen mit aufgenommen ist und nun zum Bestimmungsgrunde des Handelns wird. Entschluß — der einer Handlung vorausgehende Willensact, durch den sie ins Leben gerufen wird, ist ein Ent — schluß, mithin ein Grundsatz für praktisches Handeln, geschlossen aus Prämissen, nach vorhergegangener Berathung und Ueberlegung. Die Ueberlegung — deren Gegensatz „Uebereilung" — ist in dem „Vorsatze" und in „propositum" nicht, wie Abegg [3]) und alle Strafrechtslehrer glauben, enthalten. Dieß gehet schon aus dem „Vor — satze," „pro-positum," und der Bedeutung

1) l. 11. §. 2. c.poen. 48, 19. P. G. O. Art. 137.
2) Studien, II. S. 62. not. 1.
3) Eb. §. 83. S. 133.

von „Setzen," „ponere" hervor. Die Setzung der Ausführung eines Verbrechens eine Zeit lang vor dieser braucht nicht mit Ueberlegung verbunden zu sein, obwohl Zeit zu dieser gewesen ist. Daher ist auch „Ueberlegung," — „prae-meditatio," „Vor — bedacht," ein noch höherer Grad von Dolus, als „propositum," verbunden mit einer besondern, positiven theoretischen Thätigkeit des Verstandes über die und vor der Fassung des Entschlusses oder in Betreff der Ausführung [4]), während propositum mehr dem practischen Vermögen angehört, mehr auf den practischen Erfolg gerichtet, nicht nothwendig mit Ueberlegung verbunden ist. — „Impetus" aber — „aufwallende Leidenschaft" bedeutet mehr einen — stets dunkeln, seines Zwecks mehr unbewußten (§. 14.), activen An — „Trieb" zum (verbrecherischen) Handeln und in Folge dieses — temporären und vorübergehenden — An — „Triebs" — zu schneller, sofortiger, augenblicklicher Ausführung und deshalb ohne Zeit zur Ueberlegung und ohne Ueberlegung [5]) hingerissenen, mehr positiven [6]) (§. 11. 26.) Willen. — Gewisse Beiworte des rechtswidrigen Vorsatzes z. B. „furandi, iniuriandi, necandi, violandi, hostilis animus" — „gewinnsüchtige," „betrügliche," „beleidigende" u. s. w. Absicht [7]) bezeichnen nicht eine entferntere Absicht, sondern nur die nähere Willensrichtung bei besondern Verbrechen gewisser Arten, z. B. bei dem Diebstahl, Betrug, Ehrverletzungen u. s. w.

§. 301.

Muthwille, Leichtsinn, Bosheit.

Der Ausdruck „Muth — Wille", (im römischen Rechte vielleicht die luxuria, in der Carolina die „Geilheit" genannt und daher von den Lehrern des gemeinen teutschen Strafrechts,

---

4) Das S. C. G. B. unterscheidet zwischen: „eine verursachte Tödtung 1) in Folge eines mit Vorbedacht gefaßten Entschlusses" oder 2) „mit Ueberzeugung", ausführen. —

5) „ohne Vorbedacht in aufwallender Leidenschaft". C. G. B. Art. 123. „zum Zorn gereizt und auf der Stelle (illico in Bezug auf Zeit und Raum, Jahrb. f. Sächs. Straf. R. I. Bd. 2. H. S. 263.) zu der That hingerissen." ebd. l. 38. §. 8. ad l. Jul. d. adult. 48, 5. „impetu tractus". —

6) Daher von solchen Verbrechen fast stets im Passivum („verübte Tödtung", zur That „hingerissen" S. C. G. B. Art. 123. „impetu per ebrietatem ad manus, ad ferrum venitur" l. 11. §. 2. d. poen. 48, 19.) von andern vorsätzlichen im Activum gesprochen wird. „Wer die von ihm verursachte Tödtung ... ausgeführt hat". C. G. B. Art. 121. S. auch Art. 125.

7) C. G. B. Art. 199. 245. 258. 284. Art. 57., Ueberschr. Art. 65. 146. 271.

Digitized by Google

z. B. von Feuerbach, Mittermaier u. s. w. zur Fahrlässigkeit gerechnet) bezeichnet auch den rechtswidrigen Vorsatz oder den „Willen", der aus dem „θυμος" — Thúmos entspringt, eine Ausschweifung, Verirrung des Muths, einen Uebermuth, nicht etwa (einen höhern Grad von) Fahrlässigkeit, und hat die Nebenbedeutung eines der Strafrechtswidrigkeit zwar bewußten, aber in einem nur geringen Grade und der Schädlichkeit und Gefährlichkeit gar nicht bewußten, in Bezug auf diese mehr indifferenten, nur selten aus Schadenfreude, öfterer aus Prahlerei, aus falschem und kleinlichem Muthe, Uebermuthe und Thatendurste, aus Langeweile verletzenden Willens.[1]) Endlich gehört auch der Leichtsinn (Leicht — fertigkeit, Unbedachtsamkeit, Unbesonnenheit) zum rechtswidrigen Vorsatze, jedoch zu dessen niedrigsten Graden, nicht zur Fahrlässigkeit. Denn der leichtsinnige Verbrecher, in der Regel sanguinischen Temperaments, weiß und will auch die Strafgesetzwidrigkeit seiner Handlung, nur ohne „Besonnenheit und Ueberlegung" (Art. 187.), also ohne Vorbedacht, ohne Vor-satz, propositum, ohne praemeditatio. Diese Bedeutung „Leichtsinn" für einen Grad des Vorsatzes gehet ganz klar aus Art. 62. im allgemeinen Theile und zwar aus den Worten hervor: „Es ist jedoch dieser Milderungsgrund — das jugendliche Alter — nicht zu berücksichtigen, wenn .... sich ergiebt, daß der Verbrecher nicht sowohl aus jugendlichem Leichtsinn, als aus Bosheit und mit Ueberlegung gehandelt hat."[2]) Allein aus den ständischen Verhandlungen zu Art. 187. gehet hervor, daß bei diesem die I. K.[3]) Leichtsinn zum Vorsatze, nicht zur Fahrlässigkeit, die II. K. dagegen zu dieser rechnete, und daß die I. K. und die Regierung der II. K. beitraten.[4]) Auch zu Art. 256. wurde„ Leichtsinn" für (grobe) Fahrlässigkeit genommen.[5]) Bosheit endlich (C. G. B. Art. 12. 22. 62. 286. 289. 291.) ist eigentlich allgemein eine jede böse Gesinnung oder Absicht. Dennoch scheint im C. G. B. Bosheit noch das negative Merkmal — „ohne Eigennutz", ohne „animus lucri faciendi" — „ohne die Absicht, sich einen unrechtmäßigen

1) Deput.ber. d. II. K. zu Art. 288. (L. A. III. Abth. 1. Slg. S. 156. f.
2) Motiven zu Art. 62. (L. A. I. Abth. 1. Bd. S. 91. — Mitth. S. 415. f.
3) L. A. II. Abth. I. Bd. S. 301. f. Mitth. 683. 752. f.
4) L. A. III. Abth. 2. Bd. S. 663. 3. Bd. S. 540. Mitth. S. 5667. L. A. Beil. z. III. Abth. 1. Slg. S. 115. f. Mitth. S. 3835. —
5) L. A. Beil. z. II. Abth. 1. Slg. S. 142. f. Beil. z. III. Abth. 1. Slg. S. 139. Mitth. S. 3988. ff. 1047. Schüler, Beitr. S. 89. Krug, II. S. 153.

Digitized by Google

Gewinn zu verschaffen" — (Art. 223.) zu haben. Denn nur so unterscheiden sich die „Beeinträchtigungen fremden Eigenthums" in Art. 287. 288. 289. 291. vom Diebstahle oder Veruntrauung. Bosheit ist also weiter nichts als Dolus, rechtswidriger Vorsatz ohne gewinnsüchtige Absicht. — Der leichtsinnige Eid und leichtsinnige Banquerout (Art. 187. 188. 256. 257) sind nicht vorsätzliche, sondern fahrlässige Verbrechen.

§. 302.

Neuere Gesetzbücher über den rechtswidrigen Vorsatz.

Im Oesterr. Ges.b. Art. 1. ist nur gesagt, daß böser Vorsatz zum Verbrechen gefodert werde. Das Preuß. Land. R. II. 20. §. 26. nennt vorsätzliches Verbrechen, wenn jemand absichtlich Etwas thut, oder unterläßt, wodurch Jemand gegen die Vorschrift des Strafgesetzes beleidigt wird. Das Baiersche Ges.b. Art. 39. nennt rechtswidrigen Vorsatz (dolus), wenn eine Person die Hervorbringung des aus ihrer Handlung entstandenen Verbrechens sich als Zweck und Absicht dieser ihrer Handlung vorgesetzt hat, und sich dabei der Rechtswidrigkeit ihres Entschlusses bewußt gewesen ist. Das Sächs. und Württemb. Ges.b. definiren den Dolus nicht, eben so wenig der Code pénal. Alle drei setzen aber den Vorsatz als in der Regel zu allen Verbrechen nothwendig, voraus. Eben deßhalb ist auch der Begriff des Vorsatzes durch das S. E. G. B. Art. 31. nicht verändert, weder erweitert, noch enger beschränkt worden. Jener Art. bezieht sich blos auf den Beweis des Vorsatzes.

§. 303.

2) Fahrlässigkeit. a. Erklärung.

Die Fahrlässigkeit (culpa) ist der Zustand eines zurechnungsfähigen Menschen nach und wegen einer, irgend eine Regel oder ein Gesetz verletzenden zurechenbaren Handlung.[1] Auch sie ist, wie der Vorsatz, entweder eine theoretische[2] oder praktische, und letztere wieder entweder eine moralische[3] oder rechtliche (ju-

1) l. 9. §. 3. d. minor. 4, 4. l. 15. d. vi et vi arm. 43, 16. c. 11. §. 1. d. repud. 5, 17. l. 5. §. 1. 2. l. 29. §. 4. l. 52. §. 1. ad l. Aquill. 9, 2.

2) l. 9. §. 5. loc. cond. 19, 2. l. 132. d. R. J. 50, 17. §. 8. d. lege Aquill. 4, 3. l. 8. ad l. Aquill. 9, 2. — Ovid., Heroid. ep. IV. v. 138. Horat. Sat. II. 2. v. 123.

3) l. 2. §. 1. in f. d. l. Rhod. d. iactu. 14, 2. l. 45. §. 4. ad l. Aquill. 9, 2.

Digitized by Google

riſtiſche.[4]) Die letztere, hier allein in Betracht kommende, iſt alſo der Zuſtand eines zurechnungsfähigen Menſchen nach und wegen einer, ein Rechtsgeſetz verletzenden, zurechenbaren (— gewußten und gewollten —) Handlung. Dieſelbe iſt wieder entweder eine privatrechtliche oder eine ſtrafrechtliche, (criminelle), und jene wie dieſe von doppelter Art. Entweder nämlich iſt ſie der Zuſtand eines zurechnungsfähigen Menſchen 1) nach und wegen der vorſätzlichen (doloſen) Verletzung eines Strafgeſetzes,[5]) oder 2) nach einer ein Strafgeſetz ohne Vorſatz verletzenden, zurechenbaren, vollbrachten[6]) Handlung.[7]) Das Weſen der Fahrläſſigkeit beſteht alſo darin, daß ſie ein Zuſtand 1) nach[8]) und wegen einer, (ein Straf-) Geſetz, 2) ohne Ueberzeugung hiervon oder ohne hierauf oder die dazu erfoderliche Thätigkeit gerichteten Willen oder ohne Beides, verletzenden, aber doch 3) ſonſt mit Ueberzeugung und Willen[4]) vollbrachten,[6]) folglich zurechenbaren Handlung iſt.

---

4) l. 24. §. 12. d. damno inf. 39, 2. l. 46. §. 8. l. 48. §. 2. d. furt. 47, 2. l. 1. §. 5. d. iniur. 47, 10. l. 45. §. 4. l. 32. §. 1. ad. l. Aquill. 9, 2. §. 2. d. l. Aquill. 4, 3.

5) ſ. §. 151., not. 1. u. l. ult. d. SC. Silan. 59, 5. l. 91. §. 3. d. V. O. 45, 1.

6) ſowohl im Privat-, als im Strafrechte. Denn in letzterem giebt es keinen fahrläſſigen Verſuch. l. 16. §. 8. d. poen. 48, 19. l. 36. §. 1. d. R. V. 6, 1. l. 1. §. 3. l. 3. §. 2. l. 47. ad l. Corn. d. sicar. 48, 8. cap. 12. X. d. homicid. 5, 12. l. 5. §. 1. ad l. Aquill. 9, 2. — P. G. O. Art. 136. 146. 134. — Sächſ. C. G. B. Art 127. 138. 139. 182.; außer bei Polizeigeſetzen. l. 5. §. 6. 11. d. his, qui deiec. 9, 3.

7) l. 7. §. 7. d. dolo malo. 4, 3. l. 7. pr. depos. 16, 3. l. 8. §. 10. mand. 17, 1.

8) Daher iſt ſtets nur in der vergangenen Zeit (z. B. l. 6. 8. 30. §. 3. l. 31. l. 52. §. 1. ad l. Aquill. 9, 2. l. 11. §. 3. d. inst. act. 14, 3. l. 14. §. 10. d. furt. 47, 2. l. 9. §. 5. l. 25. §. 4. l. 23. §. 7. locat. 19, 2. l. 10. d. offic. praes. 1, 18. l. 36. d. R. V. 6, 1. l. 9. §. 2. d. minor. 4, 4. l. 44. §. 1. l. 22. §. 7. l. 38. 45. sol. matr. 24, 3. l. 101. §. 3. d. cond. 35, 1. 48. pr. commod. 13, 6. l. 36. §. 1. d. R. V. 6, 1. l. 1. §. 3. l. 3. §. 2. d. sicar. 48, 8. cap. 12. X. d. homicid. 5, 12. §. 5. de loc. 3, 25. ſelten in der gegenwärtigen Zeit, und auch dann immer nur in Beziehung auf den Erfolg, alſo die Vergangenheit der Handlung, von der Fahrläſſigkeit (culpa) die Rede. (l. 36. d. R. J. 50, 17. l. 6. 10. ad l. Aquill. 9, 2. l. 3. §. 1. d. off. praesi. vig. 1, 15. l. 9. §. 5. loc. cond. 19, 2. l. 1. §. 35. depos. 16, 3. l. 3. §. 2. l. 18. pr. in f. commod. 13, 6. l. 47. §. 5. d. leg. I. (30.) ſ. not. 6. u. c. ult. d. rep. 5, 17.

9) A. M. ſind wegen l. 29. pr. mand. 17, 1. in d. Worten: („Siquidem sciens praetermiserit“ .... videtur dolo versari; („dissoluta enim negligentia prope dolum est“). v. Löhr, Theor. d. Culpa, §. 6. S. 15. f. S. 27. Thibaut, Syſt. d. Pand. R. I. §. 151. S. 126. von Wening-Ingenheim, Lb. d. Civ. R. II. §. 94. not. S. 119. Allein ſ. l. 213. §. 2. l. 223. d. V. S. 50, 16. l. 1. l. 9. §. 2. d. iur. et facti ign. 22, 6. l. 9. d. incend. 47, 9. u. Meine „Doli descriptio“, Misenae, 1837. §. 17. p. 15. sqq. u. z. B. P. G. O. Art. 146. „wider des Thäters willen“.

§. 304.

b. Grade der Fahrläſſigkeit.

Iſt nun jene Ueberzeugung von der Verletzung des Strafgeſetzes oder von dem dieſes verletzenden Erfolge der Handlung oder das Wollen hiervon, oder Beides, jene Ueberzeugung und jener Wille möglich (weder wirklich noch nothwendig) geweſen, hätte alſo der Handelnde jenen rechtsverletzenden Erfolg voraus ſehen (oder wollen) können, (ohne ihn vorausſehen zu müſſen, und vorausgeſehen (gewollt) zu haben), ſo iſt ein geringerer Grad von Fahrläſſigkeit, (etwa culpa levis) vorhanden. Iſt jene Ueberzeugung oder jener Wille oder Beides ſogar nothwendig, (aber doch weder wirklich noch nur möglich, der Mangel jener oder dieſes alſo unmöglich) vorhanden geweſen; hätte alſo der Handelnde den rechtverletzenden Erfolg vorausſehen (wollen) müſſen, (nicht blos können und ohne ihn vorausgeſehen oder gewollt zu haben), ſo iſt ein höherer Grad von Fahrläſſigkeit, (culpa lata) vorhanden. Iſt endlich jene Ueberzeugung (das Vorausſehen) von dem Erfolge wirklich, der Wille aber nicht wirklich geweſen, ſo iſt der höchſte Grad von Fahrläſſigkeit vorhanden. In allen drei Fällen iſt die Fahrläſſigkeit wieder geringer oder gröber, je nachdem jene mögliche, nothwendige oder wirkliche Ueberzeugung die Möglichkeit, oder Nothwendigkeit, oder Wirklichkeit des (eingetretenen) Erfolgs betraf. Iſt ferner im erſten Falle die Möglichkeit jener Ueberzeugung oder jenes Willens oder von beiden allgemein und abſolut geweſen, ſo iſt abſolute oder allgemeine Fahrläſſigkeit, (culpa levis in abstracto), iſt ſie aber nur — aber mindeſtens — auch ſubjectiv, unter den concreten Umſtänden u. ſ. w. vorhanden geweſen, ſo iſt concrete Fahrläſſigkeit (culpa levis in concreto) eben ſo wie dann anzunehmen, wenn im zweiten obigen Falle die Nothwendigkeit jener Ueberzeugung oder jenes Willens oder von beiden ſubjectiv und concret, nicht allgemein und abſolut (höchſter Grad der Fahrläſſigkeit) war. Eben ſo kann wieder die Möglichkeit ſowohl als die Wirklichkeit des Erfolgs eine allgemeine, abſolute, objective oder eine nur beſondere, relative, concrete und ſubjective und auch hiernach wieder die Fahrläſſigkeit größer oder geringer ſein. — So wie nun die Möglichkeit und Nothwendigkeit unendliche Grade oder Potenzen haben und an und in einander grenzen, ſo die größere oder geringere Fahrläſſigkeit. Dieſelbe hat daher keine Arten, ſondern nur Grade und auch die Ausdrücke „culpa lata und levis“ ſind nicht Arten,

Digitized by Google

sondern nur Grade der Fahrlässigkeit. S. C. G. B. Art. 42.: „Größe der Verschuldung", Art. 127.: „nach dem Grade der zur Last fallenden Verschuldung"; Art. 138.: „nach dem Grade der bewiesenen Fahrlässigkeit"; Art. 182.: „nach dem Verhältnisse der größern oder geringern Fahrlässigkeit".[1])

§. 305.

Andrer Strafrechtslehrer Erklärung von strafbarer Fahrlässigkeit.

Die Fahrlässigkeit wird definirt 1) von Feuerbach:[1]) eine gesetzwidrige Bestimmung des Willens zu einer Handlung oder Unterlassung, woraus nach den Gesetzen der Natur, ohne die Absicht der Person, die Rechtsverletzung entsteht; 2) von Mittermaier:[1]) „ein Willenszustand, in welchem jemand einen gesetzwidrigen Erfolg zwar wider, oder ohne seine Absicht, jedoch unter Umständen herbeiführt, unter welchen er bei Anwendung der gewöhnlichen (?) Aufmerksamkeit das Eintreten des Erfolgs aus seiner Handlung als leicht (?) eintretende Folge einsehen (?) konnte"; 3) von Martin:[2]) „hatte der Verbrecher einen andern Zweck, als die Erzeugung desjenigen strafbaren Ereignisses, welches aus seinem Benehmen erfolgt ist, dessen Erfolgen er indessen als nicht unwahrscheinlich (? §. 22. 23. 66. und §. 304.) hätte vorherwissen und vermeiden können, das er auch, seiner Zwangspflicht gemäß, hätte vermeiden sollen, so ist der nun eingetretene Erfolg ihm nur als Fahrlässigkeit zuzurechnen"; 4) von Bauer:[3]) „der gesetzwidrige Entschluß (§. 300. S. 288.) zu einer Handlung, aus welcher zwar ihrer Natur nach, jedoch ohne die Absicht des Handelnden, eine Verletzung entstanden ist". 5) von Marezoll: „wenn der Handelnde zwar nicht den bösen (? §. 95. 86.) Willen hatte, das bestimmte von ihm wirklich begangene Verbrechen zu verüben, aber doch, bei Verfolgung eines andern Zweckes, durch strafbare Fahrlässigkeit (??) den verbrecherischen Erfolg hervorgebracht hat".

---

1) Die in der Möglichkeit des Voraussehens liegende Fahrlässigkeit drückt das Röm. Recht aus durch: „cum vitari possent", l. 28. §. 12. d. poen. 48, 19. l. 31. ad l. Aquill. 9, 2., die P. G. O. Art. 146. „da man sich vorsehen möchte". — Vergl. noch l. 30. §. 3. ad l. Aquill. 9, 2.: „Si omnia, quae oportuit, observavit". l. 30. §. 1. cod.

---

1) Lb. §. 54. II. S. 90. §. 55. not. I. S. 93.
2) Lb. §. 33. not. 8—12. S. 74. §. 35. S. 78.
3) Lb. §. 59. ff. S. 93.

Digitized by Google

§. 306.

Eintheilungen der Fahrlässigkeit.

Feuerbach[1]) theilt die Fahrlässigkeit ein: a. in unmittelbare, wenn eine Person bei der das Verbrechen hervorbringenden, in andrer Absicht unternommenen Handlung selbst sich des ursachlichen Zusammenhangs derselben mit einem möglichen oder wahrscheinlichen gesetzwidrigen Erfolge bewußt gewesen ist und gleich wohl aa. weder jene unterlassen noch bb. diesen abzuwenden gesucht hat; b. in mittelbare, wenn jenes Bewußtsein oder das der Strafbarkeit oder Gefährlichkeit der Handlung nicht vorhanden, der Verbrecher jedoch aa. etwas Anderes freiwillig gethan oder unterlassen hat, wodurch derselbe, wie er sie bb. entweder als möglich vorausgesehen hat oder bei mäßiger Sorgfalt voraussehen mußte, sich cc. in einen Zustand versetzt oder in einem Zustande erhalten hat, in welchem er, auch ohne rechtswidrigen Vorsatz und ohne unmittelbare Fahrlässigkeit das Verbrechen begehen konnte —, (Unfürsichtigkeit, Leichtsinn, Uebereilung, Nachlässigkeit, Unbedachtsamkeit). Zu dieser rechnet Feuerbach die Unterlassung des Gebrauchs der Erkenntnißkräfte zur Erlangung jenes Bewußtseins (a) und den verschuldeten Irrthum oder die verschuldete Unwissenheit. Wächter[2]) unterscheidet zwischen einer geringen und groben Fahrlässigkeit[3]), so wie zwischen einer entfernten und (dem rechtswidrigen Vorsatze) nahen (culpa proxima, Geilheit, wider Willen des Thäters, von Andern „Muhwille" (s. §. 301.) genannt). Bauer[4]) theilt die Fahrlässigkeit nach dem nächsten Grunde der Verschuldung in bewußte (unmittelbare oder nahe), wenn der Handelnde wirklich einsah, daß aus seiner Handlung ein nicht gewollter, strafgesetzwidriger Erfolg entstehen könne (?) und dennoch die Handlung vornahm; in unbewußte, (mittelbare oder entfernte), wenn der Handelnde diese Gefährlichkeit seiner Handlung einsehen konnte und sollte, jedoch den hierzu pflichtmäßigen Gebrauch des Erkenntnißvermögens unterließ. In Hinsicht des Causalzusammenhangs unterscheidet Bauer (wie Grolmann) drei Grade der bewußten sowohl als der unbewußten Fahrlässigkeit, die mittlere (culpa levis s. media), wo das Eintreten und Nichteintreten des nicht gewollten gesetzwidrigen Erfolgs gleich möglich

1) Lb. §. 36. S. 95. f.
2) Lb. d. röm. teutsch. Str. R. 1825. I. §. 80. not. 57—59. S. 129. f.
3) l. 223. 213. §. 2. d. V. S. 50, 16. l. 31. ad l. Aquill. 9, 2. l. 7. ad l. Corn. d. sicar. 48, 8. l. 11. d. incend. 47. 9. P. G. O. Art. 146.
4) Lb. §. 61. 62. S. 95. f.

Digitized by Google

war; die höchſte (c. maxima s. lata) und die geringſte, (c. minima s. levissima)

§. 307.

e. Namen der Fahrläſſigkeit.

Bei den Römern wird die Fahrläſſigkeit genannt: luxuria [1]) (als, von der „culpa“ getrennt [1]), der höchſte, an den Vorſatz grenzende Grad, Geilheit (P. G. O. Art. 146.) oder auch — nur nicht nach dem S. C. G. B. — Muth-Wille oder Leichtſinn —) lascivia, [2]) negligentia und ignorantia [3]) oder auch culpa, [4]) casus, [5]) oder auch imprudenter, lascivia et non data opera; [6]) in der P. G. O.: „unfürſetzlich, ungeverlich, unfürſichtigkeit, wider Willen, unfleiß, leichtfertiglich, Geilheit; [7]) im S. C. G. B. [8]) Fahrläſſigkeit, Verſchuldung, Nachläſſigkeit, Unvorſichtigkeit, Leichtſinn, (ſ. §. 301.) Ungeſchicklichkeit. — Neuere Strafrechtslehrer (z. B. Klein) wollen die Fahrläſſigkeit einen negativ böſen Willen nennen. Dieß iſt eine contradictio in adiecto. Ueberhaupt iſt die Fahrläſſigkeit nie rechtswidriger Wille, weder ein Willens- noch ein Verſtandes- (v. Almendingen, Schröter, Werner) Fehler. Ein „Fehler“ iſt nichts Rechtswidriges. Er gehört ins Gebiet der „Moral,“ nicht des Rechts, und iſt für dieſes viel zu vag, allgemein und unbeſtimmt. — Nur die Politik billigt Strafen der Fahrläſſigkeit, nicht das (Vernunft-)Recht.

§. 308.

f. Strafbarkeit der Fahrläſſigkeit; aa. nach gemeinem teutſchen Rechte.

Die Römer beſtraften nicht ſowohl die culpa, als vielmehr den fahrläſſigen Erfolg. Dieſen betrachteten ſie als ein durch Zorn der Götter über den Handelnden verhängtes Unglück, wofür dieſer jene zu verſöhnen habe. Erſt ſpäter wurde ſie als res mali exempli [1]) beſtraft, oft mit einer poena extraordinaria [2]), jedoch immer nur

1) l. 11. d. incend. 47, 9. l. 28. §. 12. d. poen. 48, 19.
2) l. 1. §. 3. l. 4. §. 1. ad l. Corn. d. sicar. 48, 8. l. 6. §. 7. d. re mil. 49, 16.
3) l. 9. d. incend. 47, 9. l. 28. §. 12. d. poen. 48, 19. — l. 2. d. term. mot. 47, 21.
4) l. 11. d. incend. 47, 9. l. 1. d. off. praef. vigil. 1, 15.
5) l. 9. d. incend. 47, 9. l. 12. d. custod. reor. 48, 3. l. 5. §. 2. l. 11. §. 2. l. 16. §. 8. l. 18. §. 12. d. poen. 48, 19. l. 1. §. 3. ad l. Corn. d. sicar. 48, 8. l. 5. §. 2. d. off. proc. 1, 16.
6) Paul. sent. rec. V, 23. Gai. III. §. 202.
7) P. G. O. Art. 146. 134. 180.
8) Art. 32. 43. 127. 138. 139. 140. 182. 187. 188. 256.

1) l. 38. §. 5. d. poen. 48, 19. l. 3. §. 2. ad l. Corn. d. sicar. 48, 8.
2) l. 4. §. 1. ad l. Corn. d. sicar. 48, 8. Pauli sent. rec. V. 23. §. 1. 3.

Digitized by Google

als Ausnahme [3]), selbst bei Tödtungen. Das kanonische Recht bestrafte die Fahrlässigkeit schon öfterer bei Tödtungen (mit kirchlichen Bußen). Eben so das ältere teutsche [4]). Erst im Mittelalter entstand die Ansicht von der steten Strafbarkeit der Fahrlässigkeit [5]).

§. 309.

bb. Nach den neuern Strafgesetzbüchern.

Alle neuern Strafgesetzbücher beschränken die Strafbarkeit der Fahrlässigkeit möglichst und betrachten diese, wie das gemeine Recht, nur als Ausnahme. Eben deshalb kann oder soll man h. T. die Zurechnung u. s. w. schon ihrem Begriffe nach auf Vorsatz, vorsätzliche Verbrechen beschränken. Das Oesterr. Ges. B. führt nicht im peinlichen Gesetze, sondern in dessen II. Theile die einzelnen fahrlässigen strafbaren Handlungen auf. Das Preuß. Land. R. II. 20. §. 28—34., und Baiersche Ges. B. Art. 64. umschreiben sie im allgemeinen. Nach dem Code pénale, dem Sächs. (Art. 32.), Württemberg'schen (Art. 58.), Züricher (Art. 62.) Ges. B. und dem Badenschen Entwurfe Art. 90. ist „eine (bei dem Mangel rechtswidrigen Vorsatzes) aus Fahrlässigkeit entstandene Rechtsverletzung nur in den im Gesetz bestimmten Fällen mit Strafe zu belegen." Letztere vier Gesetzbücher sagen dieß ausdrücklich, der Code pénal bei den einzelnen Verbrechen. —

§. 310.

c. Definition der Fahrlässigkeit in den Strafgesetzbüchern.

Das Württemberg'sche Strafgesetzbuch erklärt allgemein, was Fahrlässigkeit sei. Das Luzerner (Art. 30.) erklärt sie nur als correctionell strafbar. Der Badensche Entwurf Art. 90. nimmt Fahrlässigkeit nur an, wenn Jemand eine Handlung begeht, oder eine Handlung, zu der er rechtlich verpflichtet war, unterläßt, woraus ohne seine Absicht eine Rechtsverletzung entspringt, die er nach all-

3) Heffter, Lb. §. 72. S. 89. Mittermaier zu Feuerbach's Lb. §. 55. not. 1. S. 94. not. IV. S. 95. A. M. ist z. B. Wächter, Lb. §. 79. not. 56. S. 129.

4) Schwabenspiegel Cap. 182—184. u. P. G. O. Art. 134. 146.

5) Bei den Griechen unterschieden erst Aristoteles (Nikom. Eth. 3. 1. 2.) zwischen Vorsätzlichem und Unvorsätzlichem. Die Lehre von der Zurechnung ist erst bei Platon (Gesetze, 9, 855. 862. B. 865. f. bes. 11, 9, 41. D. E.) zu finden. Früher reichte zur Versöhnung der Götter die äußere Anwendung einer Buße auch an einem Unschuldigen wegen einer Missethat hin. (Homer, Il. 4, 161. 11, 137. Aelian, V. G. 13, 24. Valer. Mar. 6, 5, 3. Demosthenes g. Aristokr. 642, 14, 15. Herod. 6, 86, 3. 7, 197.). Wachsmuth, Hell. Alterthumsk. II. 1. §. 95. S. 182. f. — Auch im altgermanischen Rechte gab es — wiewohl zum Theile nur scheinbare, Straffolgen wegen unwillkührlicher Handlungen. Rogge, Gerichtsw. d. Germanen. S. 29. f.

Digitized by Google

gemeiner Erfahrung oder nach ſeiner beſondern Kenntniß vorherſehen konnte und zu vermeiden vermocht hätte. In Sachſen erklärte der Regierungscommiſſar [1]) bei der Berathung des C. G. B. Art. 67. die Fahrläſſigkeit ſo: „Sie ſetzt, wenn ſie als Verbrechen beſtraft werden ſoll, eine mit Bewußtſein unternommene Handlung voraus, bei welcher der eingetretene Erfolg nicht beabſichtigt geweſen iſt, und (?) nicht mit Beſtimmtheit hat vorausgeſehen werden können.“ — Ueber den Grad der Fahrläſſigkeit und von welchem an dieſe ſtrafbar ſei, ob auch die geringſte, ob ſchon die bloße (entfernte) Möglichkeit des Vorausſehens der Wirklichkeit des Erfolgs und ob ſchon die Wirklichkeit des Vorausſehens der bloßen (entfernten) Möglichkeit des Erfolgs ſtrafbar ſei, dieſe Hauptfragen [2]) ſind im S. C. G. B. nicht entſchieden, übrigens wohl zu verneinen [3]). Ueber das abſehbar Vermeidliche hinaus geht die Zurechnung gewiß nicht; daher auch nicht auf den casus mixtus im Strafrechte [4]).

§. 311.

b. Beſondere Erforderniſſe der Strafbarkeit der Fahrläſſigkeit

ſind: 1) ein wirklicher, eingetretener, ſtrafgeſetzwidriger Schade, Erfolg. Denn einen fahrläſſigen Verſuch, fahrläſſige Beihülfe u. ſ. w. giebt es nicht. 2) entweder a. die Möglichkeit oder Nothwendigkeit des Vorausſehens der Wirklichkeit oder Nothwendigkeit jenes Erfolgs, nicht der bloßen Möglichkeit jenes Erfolgs. Denn ſonſt würde ſogar die bloße Möglichkeit des Vorausſehens der Möglichkeit eines Erfolgs beſtraft. Oder b. die Wirklichkeit des Vorausſehens der Möglichkeit, Wirklichkeit oder Nothwendigkeit des Erfolgs. 3) Nichtwollen des Erfolgs. 4) Eine beſondere, poſitiv rechtliche Verpflichtung zur Verhütung gerade dieſes Erfolgs. 5) Endlich ein beſonderes Geſetz, welches gerade bei dieſer Rechtsverletzung die bloße Fahrläſſigkeit für ſtrafbar erklärt. Art. 32. des S. C. G. B.

---

1) Mitth. v. Landt. 1836/37. S. 430. ff.

2) Wächter, im N. Arch. d. C. R. XIV. Bd. S. 328. not. Herrmann Beurth. S. 91. Krug, Studien I. 62.

3) Mitth. v. Landt. 1836/37. S. 2651. l. 31. ad l. Aquill. 9, 2. c. I. ad l. Corn. d. sicar. 9, 16. l. 9. 11. d. incend. 47, 7. l. 4. §. 1. l. 3. §. 2. ad l. Corn. d. sicar. 48, 8. Mittermaier, zu Feuerbach's Lb. §. 55. not. II. S. 94. Krug, Studien I. S. 62. Herrmann, i. a. W. S. 91.

4) auch nicht nach Analogie von I. 11. §. 1. locati. 19, 2. l. 14. §. 11. q. met. c. g. 4, 2.

Digitized by Google

§. 312.

Erklärung des Art. 32. des S. E. G. B.

„Eine (bei dem Mangel rechtswidrigen Vorsatzes) [1]) aus Fahrlässigkeit entstandene Rechtsverletzung ist nur in den im Gesetze bestimmten Fällen mit Strafe zu belegen" (Art. 32.). Die Erklärung der Strafbarkeit der Fahrlässigkeit bei einer jeden einzelnen Rechtsverletzung im Gesetze muß ausdrücklich, kann nicht stillschweigend sein. Denn stillschweigende Strafgesetze giebt es nicht. Sodann sagt Art. 32. des S. E. G. B. selbst: „nur in den im Gesetze bestimmten Fällen," nicht blos „in den durch Gesetz bestimmten." In Bezug auf die Strafbarkeit der Fahrlässigkeit ist auch weder Gesetzes- noch Rechtsanalogie zulässig, selbst wenn diese im Allgemeinen nach Art. 1. des S. E. G. B. erlaubt wäre. Denn die Strafbarkeit der Fahrlässigkeit ist ausdrücklich nach Art. 32. des S. E. G. für eine Ausnahme erklärt. Bei einer solchen aber und bei Ausnahmsgesetzen [2]) ist Gesetzes- oder Rechtsanalogie unzulässig. Da ferner in Art. 32. ganz allgemein von „Fahrlässigkeit" die Rede ist, so ist eine jede, sowohl die mittelbare als unmittelbare, bewußte und unbewußte, in der Regel straflos, eben so die Verleitung durch fahrlässige Erregung oder Benutzung eines Irrthums. E. G. B. Art. 36. [3]).

§. 313.

Zufall.

Ist eines von jenen (§. 312.) fünf (cumulativen) Erfoderniſſen der Strafbarkeit der Fahrlässigkeit (und auch Vorsatz) nicht vorhanden, so ist der eingetretene Erfolg ein zufälliger, durch Zufall (casus) herbeigeführt, unzurechenbar, keine Rechtsverletzung. Der Ausdruck „delictum casuale" oder Scheinverbrechen [1]) enthält daher eine contradictio in adiectio, — Oft grenzt (geringe) Fahrlässigkeit hart an Zufall. Zusammentreffen aber bei demselben Erfolg kann jene und dieser nicht. Dieser ist daher stets entweder ein (vorsätz-

1) Die eingeschlossenen Worte schließen nicht die Strafbarkeit des mit einer fahrlässigen zusammentreffenden vorsätzlichen Rechtsverletzung aus, wie Herrmann, Beurtheil. S. 90. glaubt. S. Krug, Studien, I. S. 62.

2) l. 14. d. legg. I, 3. l. 141. pr. d. R. J. 50, 17. l. 23. §. 3. d. fideic. lib. 40, 5.

3) Krug, Studien, I. S. 71. glaubt, daß diese fahrlässige intellectuelle Urheberschaft bei den in §. 312. genannten Fällen strafbar sei. Allein dem steht Art. 32. und die Worte: „nur in den im Gesetze bestimmten Fällen" entgegen. Eben so nimmt Krug, i. a. W. I. S. 72. culpa des Anstifters an bei der Ueberschreitung des Auftrags in Art. 26. u. der Verabredung in Art. 35.

1) Beispiele: l. 9. §. 4. l. 11. pr. l. 31. u. 52. §. 4. ad l. Aquill, 9, 2. P. G. O. Art. 145. 146.

Digitized by Google

licher oder ein) fahrlässiger oder ein rein zufälliger, nie ein gemischter (s. oben §. 51. a. E. S. 139.), der zufällige aber nie strafbar, selbst wenn er aus, bei, und mit einer zurechenbaren Handlung entsteht, daher auch nicht in Art. 131, 1—4. 171, 1—2. 163, 1. 2. (s. oben §. 271. und 273.), schon weil er ein Erfolg einer Handlung, folglich vom Handelnden nach Art. 31. des C. G. B. verursacht sein muß.[2]) Hiergegen, gegen die stete Nothwendigkeit des Daseins des Vorsatzes oder der Fahrlässigkeit in Bezug auf einen jeden — strafbaren — Erfolg scheint sogar das in §. 273. a. E. angeführte Urthel des Ober-Appellationsgerichts zu sein. Denn es heißt daselbst: „Die Strafe . . sei nach den Folgen eines Verbrechens zu bestimmen, insoweit nicht (mit andern Worten: wenn auch nicht) der Erfolg . . . ausdrücklich beabsichtigt worden, oder (nicht) ein dolus indeterminatus beizumessen, oder der Thäter (nicht) den später eingetretenen Erfolg vorausseben mußte oder endlich (nicht) Fahrlässigkeit in Frage kommt." Allein diesen Sinn soll wohl das Urthel nicht haben, obwohl er in den Worten des letztern liegt. — Noch weiter geht Schwarze. Dieser behauptet geradezu[3]): „Der Zufall müsse oft im Criminalrechte von von dem getragen werden, der einmal eine strafbare Handlung begonnen habe."!! Dieß ist, so allgemein ausgedrückt, unbedingt falsch, insbesondere von dem die Strafbarkeit erst begründenden oder vergrößernden, z. B. den rechtswidrigen Erfolg ohne des Verbrechers Willen und Thätigkeit hervorbringenden (positiven) Zufalle falsch. Eher läßt sich jener Ausspruch von dem, die Aufhebung oder Minderung der bereits gegen den Verbrecher begründeten und von ihm bereits verschuldeten Strafe oder Strafbarkeit verhindernden, negativen Zufalle vertheidigen, z. B. bei der schuldlosen Verhinderung des Ersatzes nach vollbrachtem Diebstahle oder des freiwilligen Abstehens von dem Zweikampfe vor dessen Beginnen und vor der dießfallsigen Untersuchung, (Art. 209.) z. B. wenn sich die Parteien vor der, sofort nach der Herausforderung begonnenen Untersuchung noch nicht kannten, durch diese erst sich kennen lernten, also auch erst durch diese die — vorher bereits mit allem Fleiße gesuchte Möglichkeit und Gelegenheit der Aussöhnung erhielten. Wenigstens beachtete das Appellationsgericht zu Leipzig im J. 1840 diese bewiesene schuldlose Verhinderung und Verzögerung des förmlichen Abstehens von dem nicht vor

2) Krug, Studien, II. 75. 77. 78. 115. f.
3) Jahrb. f. Sächs. Straf. R. I. Bd. 2. H. S. 228. —

Digitized by Google

ſich gegangenen Kampfe (denn thatſächlich hatte der Herausfoderer längſt ſchon von demſelben abgeſtanden) und des Widerrufs der Ausfoderung nicht. Allein auch dieſen Zufall darf im Strafrechte ein Verbrecher nicht büßen müſſen [4]).

§. 314.

Fahrläſſige Rechtsverletzungen; 1) ausdrücklich ſtrafbare.

Welche einzelne Rechtsverletzungen auch als nicht vorſätzliche, ſondern als blos fahrläſſige oder bei bloßer Fahrläſſigkeit und bei dem Mangel rechtswidrigen Vorſatzes oder bei welchen einzelnen Rechtsverletzungen die bloße Fahrläſſigkeit ſtrafbar ſei, dieſe ſind im C. G. B. ausdrücklich beſtimmt oder namhaft gemacht. Hierzu iſt aber nicht gerade eine ausdrückliche Bezeichnung dieſer Verletzungen mit dem Namen der fahrläſſigen oder die Bezeichnung der Fahrläſſigkeit grade mit ihrem Namen erfoderlich, wie bei folgenden Verbrechen im C. G. B. geſchehen iſt: „Tödtung eines Menſchen (Art. 127.), Verletzung der Geſundheit oder des Körpers (Art. 138. 139.), gemeingefährliche Handlungen (Art. 182.), leichtſinniger Eid (Art. 187.) und leichtſinniger [1]) Banquerout (Art. 256.). Vielmehr kann jene Beſtimmung auch 1) durch Beſchreibung des Weſens der Fahrläſſigkeit ohne deren Namen und Feſtſetzung einer Strafe geſchehen, wie z. B. in Art. 132. bei der Körperverletzung: „oder mit Wahrſcheinlichkeit vorausſehen konnte." Nach dieſen Worten iſt alſo das bloße Können, die bloße Möglichkeit des — mit Wahrſcheinlichkeit — Vorausſehens des (eingetretenen) Erfolgs, alſo ohne wirkliches Vorausſehen (Wiſſen), ohne Wollen des Erfolgs oder [2]), wenn ja blos das wirkliche Vorausſehen, das Müſſen des Vorausſehens des Erfolgs (Art. 31.) doch immer ohne Wollen deſſelben, ohne Abſicht, mithin in beiden Fällen,

4) Krug, Studien, I. S. 129.

1) Mitth. S. 1047.

2) Dieſer zweite Fall iſt in Art. 132. und in dieſem zweiten Sinne iſt Art. 132. gegen die klaren Worte, nach der Erklärung der Regierung in der I. K. zu demſelben (Mitth. v. Landt. 1836|37. S. 502. f. 527. f. L. A. II. Abth. 1. Bd. S. 235.) wie in Art. 31. „vorausſehen mußte", zu verſtehen. Denn die Regierung ſagte: „ſie habe durch die Worte „mit Wahrſcheinlichkeit vorausſehen konnte", in Art. 132. etwas Anderes nicht ausdrücken wollen, als in Art. 31. Dieſer Erklärung hat die Deputation der I. K. ausdrücklich widerſprochen, die I. K. ſelbſt jedoch weder widerſprochen noch beigeſtimmt, noch hierzu nur Veranlaſſung oder Gelegenheit gehabt. Eben ſo wenig die II. K., in welcher jene Erklärung gar nicht abgegeben worden iſt. Dennoch iſt die Erklärung der Regierung zu befolgen, weil ſie milder iſt und beide Kammern, indem ſie in das Härtere beiſtimmten, auch in das Mildere beigeſtimmt haben. Meine Theorie der Ausleg. §. 34., a. M. Comment. z. Art. 31. §. 44.

Digitized by Google

in jenem sowohl als in diesem, bloße Fahrlässigkeit vorhanden und strafbar, mit Ausnahme der Nr. 5. in dems. Art. 132. und daher Art. 132. mit Art. 138. zusammenfallend! Allein dieses absurde Resultat der grammatischen Auslegung von Art. 132. darf man nicht, vielmehr muß man wegen Art. 138. annehmen, daß Art. 132. nur von vorsätzlichen Körperverletzungen handle und daß daher die Worte: „oder mit Wahrscheinlichkeit voraussehen konnte", nichts Anderes heißen sollen als die in Art. 31. „voraussehen mußte", d. h. „wirklich vorausgesehen hat." Wohl aber ist die bloße Fahrlässigkeit gemeint bei der (vorsätzlichen) Brandstiftung, in Art. 171. in Bezug auf die Tödtung oder lebensgefährliche Verwundung eines Menschen durch das entstandene Feuer. Dieser Erfolg wird nämlich schon dann und schon deßhalb, also als blos fahrlässiger, mit zugerechnet und bestraft, „wenn er nur unter den im vorliegenden Falle vorhandenen Umständen von dem Verbrecher vorausgesehen werden konnte". In Bezug auf diesen Erfolg genügt also schon das bloße Können, die bloße Möglichkeit des Voraussehens dieses Erfolgs, ohne die Wirklichkeit dieses Voraussehens. Die Brandstiftung selbst aber (Artikel 171. Anf.) und der Umstand, „daß das Feuer dahin fortgepflanzt werden können", muß vorsätzlich sein (mithin „können und sollen". Krug, Studien, II. S. 70. u. 75., dd. 77, a.). Endlich ist nach ausdrücklicher Erklärung der Motiven [3]) zu Artikel 255. bei der Gefährdung des Lebens oder der Gesundheit andrer Personen durch betrügliche Handlungen eine boshafte Absicht nicht, wie in Art. 179., als gegen das Leben oder die Gesundheit andrer Personen, sondern als auf Gewinn gerichtet, vorausgesetzt, jene Gefährdung der Gesundheit und des Lebens Andrer also nur als fahrlässige, verbunden mit vorsätzlichen betrüglichen Handlungen, strafbar.

§. 315.

2) Nicht ausdrücklich strafbare.

Nicht aber ist im S. C. G. B. ein neben einer und durch eine vorsätzliche Rechtsverletzung entstandener Erfolg wegen bloßer Fahrlässigkeit in Bezug auf diesen als zurechenbar und strafbar anzunehmen, z. B. bei Körperverletzungen in Raufhändeln in Art. 136., wenn die Urheber einzelner Verletzungen nicht ausgemittelt werden können, oder die von Mehrern zugefügten Verletzungen nur durch

3) L. A. I. Abth. 1. Bd. S. 104.

Digitized by Google

ihr Zusammentreffen den eingetretenen Erfolg hervorgebracht haben; ferner in Art. 159. bei der Nothzucht und in Art. 160. und 161. bei der Unzucht mit Personen im bewußtlosen Zustande und bei der Unzucht mit Kindern unter vierzehn Jahren, wenn bei einer Nothzucht oder solcher Unzucht die gemißhandelte Person einen bleibenden Nachtheil an ihrer Gesundheit erlitten hat oder der Tod derselben durch die Nothzucht verursacht worden ist; ferner in Artikel 163. bei dem Raube, wenn Jemand dabei getödtet oder lebensgefährlich verwundet oder verstümmelt oder durch die verübte Gewalt in eine schwere Krankheit des Geistes oder Körpers versetzt worden ist; ferner in Art. 206. bei dem Zweikampfe, wenn ohne Verabredung ein Theil getödtet oder lebensgefährlich verwundet oder mit bleibendem Nachtheile für die Gesundheit oder geringer beschädigt worden ist; endlich in Art. 255. bei der Gefährdung des Lebens oder der Gesundheit andrer Personen durch und bei betrüglichen Handlungen. — Zwar wird in den Worten dieser Art. in Bezug auf diese (aufgezählte) Erfolge Vorsatz nicht (ausdrücklich) erwähnt oder erfodert. Ja, die kategorische und apodictische Bestimmung der Strafe, wenn und sobald jene Erfolge eintreten, die Ausdrucksweise und die Natur der Sache und Erfolge scheint für deren Strafbarkeit selbst dann zu sprechen, wenn sie ohne Vorsatz, aus bloßer Fahrlässigkeit eingetreten sind. Allein dagegen ist, theils, daß jene Erfolge nach Art. 31. eben „Erfolge" einer Handlung, folglich von dieser und vom Handelnden verursacht worden sein müssen, theils daß die oben angeführten Gründe zu viel, nämlich beweisen, daß jene Erfolge in jedem Falle bestraft werden sollen, selbst wenn sie weder durch Vorsatz noch durch Fahrlässigkeit eingetreten sind, also auch als zufällige.[1]) Sodann aber ist auch mindestens in jenen Art. weder bestimmt noch nicht bestimmt, daß jene aus bloßer Fahrlässigkeit entstandene Folge strafbar sein soll. Aus jenen Art. läßt sich daher ein Grund weder für noch gegen die Strafbarkeit der bloßen Fahrlässigkeit bei jenen Erfolgen ableiten. Und nach jenen Art. und ihren Worten ist die bloße Strafbarkeit des Vorsatzes so gewiß, wie die Strafbarkeit der bloßen Fahrlässigkeit. Da ist denn nun Art. 32. entscheidend und klar genug. Nach diesem ist eine fahrlässige Rechtsverletzung nur in den im Gesetze bestimmten Fällen strafbar. In jenen Art. aber ist mindestens hierüber

1) Dieß letztere behauptete als möglich ein Appellationsgerichtsurthel in Bezug auf alle Folgen des Raubes, bei Groß, Bemerk. 1840. S. 35. Dagegen Krug, II. 76. 77. 115. f.

Digitized by Google

nichts beſtimmt. Folglich ſind jene Erfolge blos als vorſätzliche, nicht als blos fahrläſſige ſtrafbar. Hiefür iſt auch Art. 31., der ganz auf jene ſämmtlichen Art. und grade auf dieſe recht paſſend iſt. Nach ihm iſt bei einer mit Vorſatz verübten geſetzwidrigen Handlung der eingetretene Erfolg auch dann als beabſichtigt anzunehmen, wenn ihn der Thäter nach der Beſchaffenheit der Handlung vorausſehen mußte. Alſo die Abſicht, der Wille muß in obigen Art. auf jene (beſondern) Erfolge gerichtet ſein, allein nicht beſonders nachgewieſen werden, wird vielmehr ſchon dann angenommen, wenn der Thäter den Erfolg vorausſehen mußte. Alſo das Vorausſehen, das wirkliche Vorausſehen (bewußte Fahrläſſigkeit) oder wenigſtens das Müſſen (die Nothwendigkeit) des Vorausſehens des eingetretenen Erfolgs (unbewußte Fahrläſſigkeit) iſt in obigen Art. das Minimum, was nach Art. 31. in jenen zur Strafbarkeit jener Erfolge nöthig iſt. Hierin ſtimmt alſo dieſe, die Strafbarkeit der bloßen Fahrläſſigkeit in jenen Art. läugnende Anſicht mit der ſie bejahenden Meinung überein. Allein dennoch unterſcheidet ſich jene weſentlich von der letztern. Einmal iſt dieſe letztere noch viel weiter. Denn Fahrläſſigkeit iſt außerdem auch noch ſchon dann vorhanden, wenn der Erfolg blos vorausgeſehen werden konnte. Sodann aber iſt nach der letztern Meinung in obigen Art. der Erfolg auch dann ſtrafbar, wenn er nicht beabſichtigt worden iſt oder als beabſichtigt nicht angenommen werden kann. Nach der erſtern Meinung iſt er aber blos dann ſtrafbar, wenn er beabſichtigt worden iſt oder als beabſichtigt angenommen werden kann. Dieſe Abſicht wird freilich nicht beſonders bewieſen, ſondern angenommen, wenn der Thäter den Erfolg vorausſehen mußte und dieß bewieſen iſt. Allein hier iſt doch der Gegenbeweis, der Beweis des Gegentheils, daß der Erfolg nicht beabſichtigt geweſen ſei, zuläſſig und deſſen Strafbarkeit aufhebend. Nach der letztern Meinung iſt er dieß nicht.

§. 316.

Andrer ſächſ. Strafrechtslehrer Meinung.

Günther iſt dieſer letztern Meinung, wenigſtens in Bezug auf den in Art. 159. (warum nur in dieſem?) gedachten Fall der unbeabſichtigten (?) Tödtung oder Beſchädigung der Genothzüchtigten, welche „gewiſſermaßen" (?) zu den culpoſen Delicten zu zählen ſei.[1]) Zu dieſen zählt derſelbe ferner den in Art. 222.[1]) er-

1) D. neuen C. G. S. zu Art. 32. S. 29. Krug, Studien, I. S. 11.

wähnten Fall der Bigamie, wenn des andern Ehegatten Ableben aus wahrscheinlichen Gründen vorauszusetzen gewesen ist. Allein Bigamie ist stets vorsätzlich. Wenn daher die wahrscheinlichen Gründe für das Ableben des andern Ehegatten die Bigamisten vollständig (§. 18—24. 64. 66—68.) überzeugt haben, so ist gar keine strafbare, zurechenbare Bigamie vorhanden. Art. 222. kann daher nur von dem Falle zu verstehen sein, wo die Bigamisten zwar von dem Leben des andern Ehegatten überzeugt gewesen sind, daneben aber doch dessen Ableben aus wahrscheinlichen, allein jene Ueberzeugung nicht ganz aufzuheben fähigen Gründen vorauszusetzen gewesen ist. Zu diesen Gründen kommt noch die präsumtiv absichtliche Ausdrucksweise des Art. 222. Es hat sich nämlich der Gesetzgeber im Passivum („vorauszusetzen gewesen ist") und mehr objectiv, ohne nothwendige Beziehung auf die Thäter, ausgedrückt, nicht im Activum und nicht mit dieser nothwendigen Beziehung auf die Ueberzeugung des Thäter selbst, nicht subjectiv, z. B. nicht so: „wenn die Thäter ... vorausgesetzt haben". Nächstdem scheint aber Günthern, jedoch gewiß gegen die klaren Worte und den klaren Sinn des Art. 32. des C. G. B., auch noch außerdem die bloße culpa strafbar zu sein: beim widerrechtlichen Gefangenhalten eines Menschen, „was allerdings auch ohne Dolus denkbar[2]) sei," wegen der Worte des Art. 155.: „oder sonst (vergl. oben §. 178. S. 152.) auf rechtswidrige Weise", ferner bei Störung gottesdienstlicher Handlungen (Art. 191.), endlich bei Verletzung pflichtmäßiger Verschwiegenheit, „welches Verbrechen fahrlässiger Weise begangen werden könne, wenn Jemand, ohne die Absicht schaden zu wollen, etwa im Rausche ein wichtiges Geheimniß ausplaudere." Der anonyme Erklärer des C. G. B.[3]) will sogar eine Strafe der Fahrlässigkeit eintreten lassen: bei Art. 191. ebenfalls (Störung gottesdienstlicher Handlungen); ferner bei Art. 195. (Verbreitung eines ehrenkränkenden Gerüchts ohne Kenntniß von dessen Unwahrheit; allein die Verbreitung und die Ehrenkränkung ist doch immer vorsätzlich!!) ja, sogar bei Art. 241. (Vorenthaltung des Gefundenen), (!!) ja, sogar bei Art. 275. (Beeinträchtigung fremder Jagdgerechtigkeit) und bei Art. 325. (bei der Verletzung pflichtmäßiger Verschwiegenheit.) — v. Hartitzsch[4]) endlich nimmt mit

2) Wie viele Verbrechen sind als fahrlässige denkbar, folglich — nach Günthers Meinung auch als fahrlässige strafbar. S. Art. 32.
3) Das C. G. B. mit Anmerk. Lpz. 1838. S. 277.
4) Das C. G. B. zu Art. 32. S. 69.

Digitized by Google

Günther auch in Art. 130. bei der Verheimlichung der Niederkunft, ohne die Abſicht, das Kind zu tödten, „inſofern durch erſtere das Ableben des Kindes veranlaßt worden iſt", Strafbarkeit der bloßen Fahrläſſigkeit an. Allein es muß heißen: „Tödtung des Kindes durch Verheimlichung der Niederkunft, ohne die Abſicht, das Kind zu tödten." Nicht die Verheimlichung der Niederkunft, ſondern nur die Tödtung des Kindes durch jene iſt auch als blos fahrläſſige ſtrafbar (Art. 127.). Ja, Günther nimmt ſogar ganz allgemein als fahrläſſiges Verbrechen an: „Verheimlichung der Niederkunft, ohne die Abſicht, das Kind zu tödten" (Art. 130.). Allein dann iſt immer noch die Verheimlichung ſelbſt vorſätzlich! Außer obigem Falle des Art. 132. nimmt v. Hartitzſch nur noch in Art. 127. 138. 182. und 187., alſo viel zu wenig fahrläſſige, ſtrafbare Verbrechen an, alſo nicht in Art. 132. 171. 255. u. ſ. w. Endlich ſagt Groſſ zu Art. 189. (I. S. 156.): „Nicht bloß abſichtliche Gotteslästerungen, ſondern auch leichtſinnige Handlungen oder Aeußerungen fallen unter die Strafbeſtimmung des Artikel 189., inſofern dadurch ein öffentliches Aergerniß gegeben wird." Allein auch dieſe Behauptung iſt gegen Art. 32.

§. 317.

Zuſammentreffen des Vorſatzes und der Fahrläſſigkeit.

Ein vorſätzliches Verbrechen kann ſich auch aus einer an ſich gleichgültigen oder erlaubten Handlung entwickeln, ohne daß hierdurch der Character des vorſätzlichen Verbrechens verändert wird, z. B. bei vorſätzlichen Ueberſchreitungen der Nothwehr[1]) (dolus ex re oder subsequens). Jenes kann ferner zu einem ſtrafbaren fahrläſſigen Handeln, z. B. zu einer fahrläſſigen Brandſtiftung[2]) hinzukommen oder auch zu einem andern vorſätzlichen Beginnen. (ſ. unten). Eben ſo kann Fahrläſſigkeit zu einem erlaubten Handeln hinzukommen[3]) und in Bezug auf den Erfolg auch zu vorſätzlichem. (C. G. B. Art. 31. 132. 171.).

---

1) Ein andres Beiſpiel in l. 1. §. 2. d. fart. 47. 2.

2) z. B. vorſätzliches Unterlaſſen der Löſchung — damit Jemand umkomme. Doch reicht dieß allein zur Strafbarkeit nicht hin; vielmehr wird noch außerdem hierzu die Rechtspflicht zur Löſchung und eine körperliche Aeußerung — Erkennbarmachung jenes Vorſatzes, erfodert. A. M. iſt Heffter, Lb. §. 74. not. 2. S. 93. S. noch l. 50. d. R. J. 50, 17. l. 29. §. 9. ad l. Aquill. 9, 2.

3) l. 27. §. 9. ad l. Aquill. 9, 2.

Digitized by Google

§. 318.

Vorsatz und Fahrlässigkeit im Straf- und im Privatrechte.

Schon Carpzov begriff den Unterschied der strafrechtlichen Grundsätze über Vorsatz und Fahrlässigkeit von den privatrechtlichen. Eben so lehren ihn fast alle spätern Criminalisten [1]). Manche nehmen jedoch Gleichstellung wenigstens bei Verbrechen, welche mit Geld bestraft werden, an,[2]) schlossen sie aber doch in allen andern Fällen, namentlich bei der Infamie, aus. — Insbesondere ist im Strafrechte die grobe oder hohe Fahrlässigkeit dem Vorsatze gleich[3]), z. B. wenn man mit bewußter Möglichkeit, einen Menschen verwunden zu können, aber ohne dieses zu bezwecken, darauf los schießt. Dieß gehet auch daraus hervor, daß bei jener die infamirend actio doli nicht zugelassen wird[4]). — So wird ferner im Civilrechte die durch Vorsatz bestimmte Fahrlässigkeit oder der sog. indirecte Vorsatz (unten) als Vorsatz zugerechnet, z. B. wenn Jemand absichtlich einen Stein seinem Feinde in's Fenster warf und ihn oder seinen Spiegel, ohne dieses zu bezwecken, dadurch beschädigte. Eben so wird der alternative (unten) Vorsatz[5]) so wie der im Antrieb und Augenblicke der Leidenschaft schnell, ohne Vorbedacht gefaßte und ausgeführte rechtswidrige Entschluß im Civilrechte stets zum vollen Dolus zugerechnet. Ueberhaupt ist im Civilrechte die materielle Verletzung das Wesentliche, die rechtswidrige Absicht nur mehr oder weniger eine Bedingung oder Voraussetzung. Im Strafrechte aber ist die intellectuelle, formelle, ideale Verletzung die Hauptsache, die materielle Handlung nur Bedingung. Im Civilrechte haftet man, wenn man nur im Allgemeinen die Thatsache der materiellen Verletzung auf nicht rechtgemäße Weise beabsichtigte, für alle materiellen, mittelbaren oder unmittelbaren Folgen derselben.[6]) (§. 144—146. u. 277. S. 256.).

---

1) z. B. Hasse, Kleinschrod, Roßhirt, Klien u. s. w.

2) wegen l. 1. §. 2. si is, qui test. 47, 4., z. B. Lauterbach, colleg. Pand. II. II. §. 3. III. II. §. 8.

3) l. 7. ad l. Corn. d. sic. 48, 8. §. 6. d. susp. tut. 1, 26. l. 3 §. 18. cod. 26, 10. l. 9. d. incend. 47, 9. l. 5. §. 2. d. poen. 48, 19. P. G. O. Art. 1. 46.

4) l. 7. §. 7. d. dolo malo. 4, 3.

5) Welcker, Commiß.ber. zu Tit. III—VI. des Badenschen Entw. eines St. G., in Hitzig's von Demme fortgef. Annal. d. d. und ausl. Crim. rechtspfl. Jahrg. 1841. April, B. XV. 1. H. S. 57.

6) Ueber den Unterschied zwischen d. civilis und criminalis s. noch Stockhardt, in Elvers Themis, II. 2. nr. IX. S. 256—292.

Digitized by Google

§. 319.

Luden's Theorie von dolus und culpa.

Nach Luden[1]) iſt — in Folge ſeiner Theorie von dem juriſtiſchen Cauſalzuſammenhange (§. 274.) dolus vorhanden, „wenn der Menſch ſich vorſtellt, zu wiſſen, daß aus ſeiner Handlung die Rechtsverletzung als Folge hervorgehen werde. Wenn er dagegen bei der Handlung ſeines Nichtwiſſens darüber, daß aus derſelben die Rechtsverletzung nicht als Folge hervorgehen werde, bewußt geweſen ſei, ſei criminalrechtliche culpa vorhanden." „Denn indem der Menſch ſich bewußt ſei, daß er nicht wiſſe, daß aus ſeiner Handlung eine Rechtsverletzung als Folge nicht hervorgehen werde, denke er daran, daß dieſelbe hervorgehen werde". (?!!!!) „Wenn ſich der Menſch bloß bewußt ſei, nicht zu wiſſen, daß aus ſeiner Handlung eine Rechtsverletzung hervorgehen werde, ſo denke er nicht, daß dieſelbe auf jeden Fall eintreten werde, ſondern nur, daß ſie möglicher Weiſe eintreten könne". (! Widerſpruch!!) „In dem bewußten Nichtwiſſen ſei nur das enthalten, daß der Menſch ſich nicht vorſtellen könne (?!) „daß die Rechtsverletzung in Folge ſeiner Handlung nicht eintreten werde". (!!?) „Und inſofern der Menſch ſich nicht vorſtelle, daß eine Rechtsverletzung nicht eintreten werde, ſtelle er ſich allerdings vor, (??) daß dieſelbe eintreten werde". Inſofern alſo der Menſch eine Handlung unternehme mit jenem bewußten Nichtwiſſen und inſofern der (praktiſche) Wille nichts Anderes ſei als der (theoretiſche!!) Gedanke, daß aus der Handlung, zu welcher man ſich beſtimmt habe, ein beſtimmter Erfolg hervorgehen werde, unternehme er dieſelbe mit dem Willen, die Rechtsverletzung in der That hervorzubringen"!!! Auch hier hat ſich Luden Widerſprüche mit ſich ſelbſt (oben §. 274. 218.) ſo wie den Irrthum in der Gleichſtellung des poſitiven und negativen Wiſſens, poſitiver und negativer Thatſachen, theoretiſcher und praktiſcher, ſubjectiver Erforderniſſe zu Schulden kommen laſſen. Auch den dolus findet Luden erſt durch folgende (wohl ebenfalls falſche) Behauptungen: „Stellt ſich der Menſch vor, daß aus ſeiner Handlung die Rechtsverletzung als Folge hervorgehen werde, ſo könne (?!!) ſein Wille (!!) auf Nichts Anderes (?!!) gerichtet geweſen ſein, als eben (?) auf dieſe Rechtsverletzung. Dieſelbe habe daher, wenn er ſie begehe, nicht allein in ſeinem (praktiſchen!!) Willen gelegen, inſofern er nämlich

1) Abh. aus d. Straf. R. II. Ueb d. Thatbeſtand, S. 529. 521. ff. 552.

(theoretisch) dachte, daß das Recht des Andern werde verletzt werden, sondern auch in seiner Absicht — (welcher merkwürdige Unterschied zwischen Wille und Absicht!!) insofern sein Wille auf Nichts Anderes, als auf die Rechtsverletzung gerichtet gewesen sei. Bei dieser Absicht gehe der Wille darauf, die Rechtsverletzung auf jeden Fall hervorzubringen. Wenn er (S. 534. wer?) sich vorstellt, zu wissen, daß zwischen seiner Handlung und der Rechtsverletzung Causalzusammenhang Statt finde, will er nichts Anderes, als diese, und die Handlung, welche er in dieser (theoretischen!) Vorstellung begangen, ist ein doloses Verbrechen. Wenn er sich bewußt ist, nicht zu wissen, daß kein Zusammenhang Statt finde zwischen seiner Handlung und der Rechtsverletzung, liegt diese zwar auch in seinem Willen (?) aber nicht in seiner Absicht (?), und die Handlung, welche er in diesem Bewußtsein begeht, ist kein doloses, sondern nur ein culposes Verbrechen. Der Dolus lasse sich daher auch definiren, als der Wille, eine beabsichtigte Rechtsverletzung hervorzubringen, die culpa als der Wille, eine nicht beabsichtigte Rechtsverletzung zu bewirken."

Sechste Abtheilung.

Von den einzelnen wesentlichen subjectiven Erfoderniſſen eines Verbrechens (im Einzelnen).

Erstes Kapitel.

Von den theoretischen wesentlichen Erfoderniſſen eines Verbrechens oder vom Bewußtsein des Verbrechers.

§. 320.

1) Ueberzeugung.

Der rechtswidrige Vorsatz und die Fahrlässigkeit sind —, wie die Zurechnungsfähigkeit und Zurechenbarkeit, zusammengesetzte Begriffe, daher einer Auflösung in ihre einzelnen Merkmale oder Bestandtheile nicht nur fähig, sondern auch bedürftig, eine Analysirung, die meines Wissens noch von keinem Lehrer des Strafrechts versucht worden ist. Zu diesen einzelnen wesentlichen subjectiven und zwar zuvörderst theoretischen Erfoderniſſen einer Rechtsver-

Digitized by Google

letzung und eines Verbrechens gehören — mit vorzüglicher Rückſicht auf vorſätzliche Verbrechen: 1) (theoretiſche) Ueberzeugung oder Bewußtſein, Kenntniß des Thäters von allen einzelnen objectiven Erforderniſſen eines Verbrechens (§. 49—72. §. 219. 170. 174. 175. §. 243—274., beſonders von den in §. 243. 265. 266. 269. u. 273.), mithin (§. 170. 174. 175. 219. 243.) a. von der Verletzung eines Rechts oder Rechtsgeſetzes, im Strafrechte alſo eines Strafgeſetzes oder von der Strafgeſetzwidrigkeit[1]), der Verletzung einer Rechtspflicht oder die Ueberzeugung,[2]) daß er ein Recht oder Rechtsgeſetz, im Strafrechte ein Strafgeſetz[2]) verletze. Dieſe zu einer Rechtsverletzung erforderliche Ueberzeugung hat natürlich als Unterart dieſelben Merkmale, denſelben Grad und Inhalt, wie die zu einer Rechtshandlung überhaupt (§. 64—68.) weſentliche als Gattung oder als Geſchlechtsbegriff, ſo wie die Rechtsverletzung als Unterart alle dieſelben Merkmale und denſelben Inhalt hat, wie eine Rechtshandlung — als Gattungs- oder Geſchlechtsbegriff überhaupt. Die beſondern und eigenthümlichen, die ſpecifiſche Differenz bildenden Erforderniſſe der zur Verletzung eines Rechts oder Straf-Geſetzes erforderlichen Ueberzeugung ſind die, daß ſie auf alle eigenthümlichen und beſondern objectiven in §. 243—274. angegebenen Erforderniſſe einer Rechtsverletzung, auf deren generiſche Differenz von einer Rechtshandlung überhaupt ſich erſtreckt, dieſe mit umfaßt.

§. 321.

Ueberzeugung. a. vom Strafgeſetze.

Der Handelnde oder Verletzer des Rechts muß alſo gekannt haben und kennen a. das verbietende Rechts- (oder Straf-) Geſetz, die Rechtspflicht oder das Recht, welches er verletzen will und verletzt hat. Denn ein ungekanntes, unbewußtes Recht, Rechts- und Strafgeſetz kann man nicht verletzen, wenigſtens nicht ſubjectiv, ſondern nur vielleicht objectiv, äußerlich. Dieſe wirkliche Kenntniß des Rechts- oder verbietenden Geſetzes (nicht der geſetzlichen Folgen, der Strafen, des Strafmaaßes) iſt ein poſitives Erfoder-

1) Mittermaier, i. N. Arch. d. C. R. II. S. 521. Die bloße Ueberzeugung von der (moraliſchen oder rechtlichen) Unerlaubtheit der Handlung reicht zur Strafe nicht hin. Bauer, Lb. §. 126. not. a. S. 183. A. M. iſt Luden, Abhl. II. Ueber d. Thatbeſtand 1840. S. 95. ff. 517. f. Hofacker, im N. Arch. d. C. R. XII. S. 143 Hepp, Vergl. d. urſpr. Hannöv. Entw. mit d. revid. 1832. S. 18.

2) l. 20. d. aq. et aq. pluv. arc. 39, 3. „Nulla voluntas errantis est." l. 15. d. iurisd. 2, 1. l. 2. pr. d. iud. 5, 1. c. 4. 5. 8. 9. d. iur. et factr. ign. 1, 18.

Digitized by Google

niß der Zurechenbarkeit. Ueber diese, wenigstens über die positiven Erfoderniſſe derſelben, hat das S. C. G. B. gar nichts beſtimmt, folglich die Prüfung und Beurtheilung derſelben dem gewiſſenhaften Richter und der Wiſſenſchaft überlaſſen. Der Richter hat daher in einem jeden einzelnen Falle die Kenntniß des ge- oder verbietenden Rechts- oder Strafgeſetzes, die Kenntniß des geſetzlichen Ge- oder Verbots, der geſetzlichen Strafbarkeit der Handlung, (nicht der Strafe oder des Strafmaaßes), in dem Handelnden bei der Verletzung des Geſetzes zu prüfen und als wirklich bei derſelben, als wirklich vorhanden geweſen zu erweiſen. Dieß ergiebt ſich ſchon aus dem Begriffe der Verletzung eines Geſetzes oder Rechts. Zu dieſer wird nach Art. 29. des Entwurfs (oben §. 290.) in der Regel (Art. 32.) rechtswidriger Vorſatz erfodert. Dieſer aber iſt ohne Bewußtſein der Verletzung eines Strafgeſetzes oder der Strafgeſetzwidrigkeit unmöglich. Daſſelbe ergiebt ſich ferner aus dem Begriffe eines Geſetzes[1]) (§. 170.) als des erklärten und verſtändlichen Willens der geſetzgebenden Gewalt. Ohne deſſen Verſtändniß und Kenntniß iſt dieſer Wille und jenes Geſetz ſo gut wie nicht vorhanden. Daſſelbe folgt ferner aus dem Begriffe der Bekanntmachung[1]) (§. 175.) ſo wie endlich aus der Analogie der Rechtsgeſchäfte und der Erklärung des Willens bei denſelben. (Denn auch das Geſetz iſt ein Rechtsgeſchäft). Bei dieſen muß der Wille des Urhebers für den Andern und grade für den Andern ſubjectiv und concret nicht nur verſtändlich, ſondern auch von dieſem verſtanden[1]) ſein, wenn es dieſen Andern verpflichten ſoll.

§. 322.

Art. 68. des S. C. G. B.

Das poſitive Geſetz, deſſen Daſein, Entſtehung und Bekanntmachung, iſt eine Thatſache, ein thatſächlicher Umſtand; folglich die Unkenntniß deſſelben ein thatſächlicher Irrthum. Nach Art. 68. aber „ſind diejenigen ſtraflos, welche eine an ſich nicht verbotene Handlung zu begehen glauben, die jedoch wegen thatſächlicher ihnen ohne ihre Schuld unbekannt gebliebener Umſtände ſtrafbar iſt.“ Nach demſelben Art. 68. „wird die Strafbarkeit nicht durch die Unwiſſenheit über die Art und Größe der Strafe ausgeſchloſſen.“ Schon aus dem bloßen Daſein dieſer rein negativen Be-

1) „Leges ... ab omnibus intelligi debent.“ c. 9. d. legg. 1, 14. nov. 66. c. 1. pr. l. 48. pr. d. fideiuss. 48, 1. S. Meine Theor. d. Auslegung, 1841. §. 17. ff.

ſtimmung, ferner aus den jedenfalls abſichtlich (nicht abſichts- und zwecklos) grade ſo geſetzten, gewählten und beſchränkten Ausdrücken: „Unwiſſenheit über die Art und Größe der Strafe" und aus der Nichtausdehnung derſelben auf das Strafgeſetz, kann und muß man mit Recht ſchließen, daß in jenem Art. 68. Unkenntniß des Strafgeſetzes als Grund der Strafloſigkeit und Kenntniß deſſelben als poſitives Erforderniß der Strafbarkeit gebilligt und beſtätigt ſei. Hierfür ſind endlich auch, abgeſehen hiervon, ſowohl die allgemeine Ueberſchrift des Art. 68. „bei Irrthum" — als die übrigen allgemeinen Worte: „die eine an ſich nicht verbotene Handlung zu begehen glauben" — „durch Umſtände, welche dem Thäter unbekannt ſind." — Deßhalb war es wohl nicht ganz genau und richtig, wenn die Deputat. der I. K. in ihrem Berichte zu Art. 68. ſagte, das C. G. B. gedenke der Unkenntniß des Strafgeſetzes gar nicht.[1])

§. 323.

Nach andern Geſetzgebungen.

Einige andere Sächſiſche Geſetze[1]) ſchließen die Entſchuldigung wegen Unkenntniß des Geſetzes ausdrücklich aus; das allgemeine über Bekanntmachung der Geſetze jedoch nicht.[2]) Das Oeſterreichſche Geſ.b., Preuß. Land. R. Einl. §. 10. 11. 12. 13., das Baierſche, Art. 39. 71. 121. und Württemb. St.g.b. Art. 99. ſchließen die Entſchuldigung wegen Rechtsunkenntniß aus; die drei letztern jedoch nur in der Regel, wie das Römiſche Recht.[3]) Auch die in §. 322. not. 1. angegebenen halten in Sachſen die Entſchuldigung wegen unverſchuldeter Unkenntniß des Strafgeſetzes für zuläſſig.[4])

---

1) L. A. Beil. z. II. Abth. 1. Slg. S. 78. Derſ. Meinung ſind Günther, zu Art. 68. S. 50. Krug, Studien, I. 13. S. 138. v. Hartitzſch, zu Art. 68. S. 145.

---

1) Gen Gouv. V. v. 12/24. Octbr. 1813. und 10, 22. Juni 1814. Neue Ord. v. 19. Juli 1828. Th. II. §. 91. —, auch Geſ. v. 2. Jan. 1835. (in Meinem Codex Saxon. I. 1840. S. 3. 4. 6. 427.). S. auch das Zollſtrafgeſ. v. 3. April 1838. §. 40. (S 347.). Steuerſtrafgeſ. v. 4 April 1837. §. 64. (S. 356.).

2) Geſ. v 6. Septbr. 1834. §. 5. Ständ. Schrift v. 18. Novbr. 1833. zu demſelben. (L. A. v. 1833. I. Abth. 3. Bd. S. 328.).

3) l. 38. §. 2. 4. 7. ad l. Jul. d. adult. 48, 5. c. 5. d. incest. 5, 5. l. 3. §. 22. d. SC. Sil. 29, 5. c. 5. d. his, qui sibi adscr. 9, 23. l. 3. §. 9. l. 4. §. 15. l. 14. §. 1. de re mil. 49, 16. l. 7. §. 4. d. iurisd. 2, 1. c. 2. d. in ius voc. 2, 2. Mühlenbruch, Arch. f. civil. Pr. II. S. 399. Heffter, N. Arch. d. Crim. R. XII. B. S. 137.

4) Ganz übereinſtimmend mit der hier vorgetragnen Theorie iſt Marezoll, Lb. d. d. g. Crim. R. Leipzig, 1841. §. 28. not. I. S. 80.

Digitized by Google

§. 324.

Vorsätzliche und fahrlässige Unkenntniß des Strafgesetzes.

Eine andere Frage ist es, ob bei zwar vorhandener, aber verschuldeter Unkenntniß des Strafgesetzes Strafe der in ihr begangenen Verletzung eines (ungekannten) Strafgesetzes eintreten könne. Ist die Unkenntniß durch Fahrlässigkeit, grobe oder geringe, verschuldet, so tritt in der Regel keine Strafe ein (Art. 32. unt.). Ist sie aber vorsätzlich, so tritt diese allerdings ein. (Art. 67. vorletzter Absatz). Daher sagt die Deputation d. I. K. in ihrem Berichte zu Art. 68. des C. G. B.[1]) ganz in Uebereinstimmung mit den hier vorgetragnen Grundsätzen: „In Betreff der Zurechnung des verschuldeten Irrthums entscheiden die allgemeinen Grundsätze über dolus und culpa."

§. 325.

Andre Ansichten. Widerlegung.

Kenntniß des Strafgesetzes, und zwar nicht nur mögliche (geringere Fahrlässigkeit) oder nothwendige, (höhere Fahrlässigkeit) oder wahrscheinliche, sondern wirkliche allgemeine, so wie besondre und concrete Verständlichkeit und Bekanntmachung des (positiven) Strafgesetzes ist ein wesentliches Erforderniß eines jeden, vorsätzlichen (sowohl als bezüglich fahrlässigen) Verbrechens. Die Anhänger der entgegengesetzten Meinung verwechseln ihre Strafrechtstheorie, das natürliche und vernünftige Strafrecht mit dem positiven der Staatsgewalt, im Staate; eine Verletzung des Vernunftrechts mit der Verletzung eines positiven, verbietenden oder Strafgesetzes, ein natürliches Vergehen mit einem positivrechtlichen Verbrechen (oben §. 150.). Alle Gründe für die entgegengesetzte Meinung beweisen zu viel; sie beweisen die Ueberflüssigkeit, positivrechtliche Entbehrlichkeit und Zufälligkeit aller positiven Strafgesetze, aller Gesetze, und der Bekanntmachung aller positiven Gesetze, sie beweisen die positivrechtliche Möglichkeit eines Verbrechens und einer Strafe im Staate ohne positives Gesetz u. s. w. Wenn man insbesondere sagt,[1]) ein jeder Staatsbürger wisse schon von selbst, was nach dem Vernunftrechte, nach

1) L. A. Beil. z. II. Abth. 1. Slg. S. 78.

1) wie die Deputat. d. I. K zu Art. 68. (L. A. Beil. z. II. Abthl. 1. Slg. S. 78.) Blos der Hessische Entw. eines Strafgesetzb. Art. 42. sieht darauf, ob die Handlung schon nach den Gründsätzen der Religion und der Sittenlehre verboten ist.

Digitized by Google

dem Gewissen, nach der Religion, nach dem natürlichen Rechtsgefühle verboten sei, so vergißt man die so häufige subjective Verschiedenheit des Vernunftrechts, der Sittenlehre, der Religion, ja, des Gewissens und natürlichen Rechtsgefühls, daß es Menschen gegeben hat, sogar Völker, ganze Parteien, welche aus Ueberzeugung z. B. allgemeine Gütergemeinschaft, Königsmord, Menschenraub, Diebstahl, Sclaverei, Revolution u. s. w., Päderastie, auch in unsern Tagen und sogar auch bisweilen in Teutschland (s. oben §. 177.) für vernunftrechtlich, für moralisch, für nach ihrem Gewissen und ihrer Religion erlaubt gehalten haben u. s. w., daß es ferner eine positive und vernünftige Religion, daß es ferner viele verschiedene positiven Religionen, viele verschiedene Vernunftrechtswissenschaften giebt, daß es endlich Rechtsgelehrte gegeben hat, die ein jedes natürliche oder Vernunft-Recht, folglich ein jedes natürliche Rechtsgefühl geläugnet haben[2]) u. s. w. Diese schwankenden, selbst von Kennern bestrittenen, vieldeutigen, relativen, im Detail des bürgerlichen Lebens unzureichenden Bestimmungen der Moral, Religion u. s. w. können das Strafgesetz, und dessen Kenntniß entweder gar nicht oder nicht nur zum Nachtheil, sondern auch zu Gunsten der Verbrecher ersetzen, d. h. es müßte consequent auch der Rechtswahn[2]) zugelassen werden. — Deßhalb bestimmt Art. 68. des S. E. G. B. ganz in Uebereinstimmung mit den hier in §. 323—325. vorgetragnen Ansichten: „Dagegen wird die Strafbarkeit weder durch den Wahn, als ob die durch das Gesetz verbotene Handlung nach dem Gewissen oder der (positiven oder natürlichen) Religion erlaubt gewesen noch durch die Unwissenheit über die Art und Größe der Strafe, (nicht aber über das gesetzliche Verbot oder Gebot selbst) ... ausgeschlossen."[3]) — Das Römische Recht unterscheidet allerdings, jedoch nicht durchgängig[4]), zwischen delictum iuris gentium und iuris civilis, betrachtete jedoch nicht blos bei dem letztern den Rechtsirrthum milder.[5]) Luden in seiner oft angeführten Schrift

2) S. Heffter, N. Arch. d. Crim. R. XII. B. VI. Abh. §. 6. S. 145. ff. X. S. 271. f. §. 12. S. 275. oben §. 189.

3) Baiersch. Art. 39.

4) Birnbaum, N. Arch. d. C. R. XI. nr. 5. A. M. ist Roßhirt, im N. Arch. d. C. R. IX. nr. 19. S. oben §. 179. S. 152.

5) S. nach Jarcke in Hitzigs Annalen, XV. S. 61. ff. Mittermaier, im N. Arch. d. Crim. R. X. S 576. Hepp, Theor. d. Zurechn. S. 25. Mittermaier, zu Feuerbach's Lb. §. 57. not. II. S. 99., wo er mit Recht gegen Hepp, Heffter, Birnbaum u. s. w. sagt, daß mit der Unterscheidung in delicta iur. gentium u. civilis bei dem Rechtsirrthume nichts gewonnen werde.

Digitized by Google

über den Thatbestand, S. 95. ff. 517. f. läugnet das Erforderniß des Bewußtseins der Strafbarkeit oder Strafgesetzwidrigkeit von den Rechts-Verbrechen ebenfalls hinweg. Allein wenn derselbe sagt, „daß der Verbrecher den dolus alle Male von sich ablehnen könne durch die einfache Behauptung, daß er der Strafbarkeit gar nicht bewußt gewesen sei;" so irrt er. Denn das Gegentheil derselben zu erweisen, ist nicht nöthig; es genügt der Beweis, daß der Verbrecher der Strafbarkeit sich bewußt gewesen sei. Dieser Beweis kann fast stets aus den Umständen der That, aus dem Verfahren des Verbrechers bei derselben u. s. w. erbracht werden. Und wenn er ja einmal nicht hergestellt werden kann — nun gut, so ist — in dubio pro reo — wegen Mangels an dem Anschuldigungsbeweise der Angeschuldigte freizusprechen, und der Behauptung desselben zu glauben, wie so oft in vielen andern, viel auffallendern Fällen. Ludens anderweite Behauptung, die verbrecherische Willensstimmung (des einzelnen, concreten Verbrechers!) sei der Zeit nach eher vorhanden gewesen, als das Strafgesetz, (also der Wille, dieses zu verletzen, eher da, als dieses selbst!) bedarf einer Widerlegung (s. oben §. 218.) eben so wenig als folgende: „Ungeachtet des Umstands, daß Jemand die Rechtsverletzung für eine, nach dem objectiven Rechte gestattete hielt, während sie in der That nach demselben nicht gestattet war, besteht sein Wille darin, die von dem objectiven Rechte nicht gestattete Handlung zu begehen"; (S. C. G. B. Art. 68.) u. S. 517.: „Da nun eine beabsichtigte Rechtsverletzung, bei der der Handelnde in dem verschuldeten Irrthume stand, daß sie nicht gesetzwidrig sei, auf keinen Fall (?? Art. 32. des S. C. G. B.) gar kein Verbrechen sein kann, so (??) folgt nothwendig, daß dieselbe ein doloses sei." Dagegen giebt Luden (S. 565.) die Kenntniß des Gebots oder Verbots (nicht des Strafgesetzes) bei den Gesetzes-Verbrechen (§. 227.) als wesentlich zu.

§. 326.

Beweislast und Modalität der Kenntniß des Rechts und Strafgesetzes.

Diese zu einer jeden strafbaren Rechtsverletzung und Bestrafung erfoderliche Kenntniß des Rechtsverletzers von dem Rechts- oder Strafgesetze und zwar grade von dem, welches er verletzen wollte und nach welchem — mit jenem nothwendig identischen — er bestraft werden soll, muß in einem jeden einzelnen Falle von dem das Recht zur Strafe behauptenden und beanspruchenden Strafrichter bewiesen und deßhalb geprüft werden, nicht nur dann,

Digitized by Google

wenn der Verbrecher sich auf Unkenntniß des Rechtsgesetzes beruft, sondern auch außerdem. Zu diesem Beweise ist zwar hauptsächlich der Vorbeweis nöthig, daß das Strafgesetz vor und bei der Rechtsverletzung im allgemeinen auf gehörige, zureichende, gesetzliche Weise öffentlich bekannt gemacht worden ist. Allein dieß reicht noch nicht hin. Vielmehr muß noch außerdem in einem jeden einzelnen Verbrecher das positive Erforderniß vom Richter geprüft und nachgewiesen werden, daß das Strafgesetz dem concreten einzelnen Verbrecher bei seiner Rechtsverletzung wirklich bekannt gewesen sei (vorsätzliches Verbrechen) oder mindestens bekannt sein konnte, sollte oder mußte, (fahrl. Verbr.). Ohne diesen Beweis kann kein Angeschuldigter bestraft werden, auf diesen Beweis hat jeder ein Recht. Denn er ist eine Vorbedingung des Rechts zu strafen. Also nicht der Angeschuldigte hat den Beweis seiner Unkenntniß vom Strafgesetze, als Beweis, sondern höchstens als Gegenbeweis, nach dem vom Richter geführten Beweise der Kenntniß des Angeschuldigten vom Strafgesetze, zu führen. Ob dieser Beweis in der Regel leicht sei, ist eine andere Frage. Denn es giebt h. T. in unsern Staaten so viele Mittel, Möglichkeiten, Veranlassungen, Bequemlichkeiten, ja, Nothwendigkeiten, das (Straf-)Gesetz kennen zu lernen, daß der Beweis der Kenntniß desselen in einem jeden einzelnen Falle sehr leicht ist. Allein, durch Rechtsvermuthungen[1]), durch Berufung auf Volkskundigkeit u. s. w., darf und kann diese Kenntniß des Strafgesetzes nicht erwiesen werden. Im Strafprocesse darf es weder Rechtsvermuthungen noch Volkskundigkeit als Beweis-Gründe oder Mittel geben. Sie führen in einzelnen Fällen zu Fictionen, materieller Unwahrheit und zur Bestrafung Unschuldiger. Auch das römische Recht kennt eine gesetzliche Vermuthung der Kenntniß des Strafgesetzes eben so wenig, als eine Vermuthung der Zurechnungsfähigkeit, Zurechenbarkeit und des rechtswidrigen Vorsatzes. Dasselbe spricht[2]) nur die Pflicht eines jeden (auch zeitweiligen) Unterthanen aus, die Gesetze kennen zu lernen.[3]) Diese Ueberzeu-

1) Das Römische Recht, z. B. c. 12. C. d. legg. 1, 148. stellt eine solche nicht auf; sondern sagt nur, daß Niemand die Gesetze ignoriren dürfe —, daß Jeder sie kennen müsse, mit Unkenntniß derselben sich nicht entschuldigen solle. Daraus folgt aber noch lange nicht, daß Jeder die Gesetze auch wirklich kenne. Eine gesetzliche Verbindlichkeit ist noch nicht deren wirkliche Erfüllung!

2) c. 12. d. iur. et facti ign. 1, 18. c. 9. d. legg. 1, 14. l. 48. pr. d. fideiuss. 46, 1.

3) S. vorz. Hefftter, im N. Arch. d. Crim. R. XII. B. X. Abh. §. 8. S. 259. f. S. 270. not. 35. S. 271. f.

Digitized by Google

gung des Handelnden von dem Rechte und Gesetze, welches er verletzt, muß endlich, wie gesagt, nicht nur möglich (geringe Fahrlässigkeit) oder nothwendig (höhere Fahrlässigkeit), sondern wirklich da gewesen sein, auch nicht bloß wahrscheinlich.

§. 327.

Ausnahmen.

Nach dieser Theorie von der Kenntniß des Strafgesetzes giebt es auch keine in Bezug auf dieselbe begünstigte oder privilegirte Ausnahmen, weil sie ganz unnöthig sind. Bei den gewöhnlich als solche angegebenen Personen — Minderjährigen,[1] Frauen[2] und rusticis[3] — wird allerdings der Beweis der Kenntniß des Strafgesetzes strenger und genauer zu führen und schwieriger sein. Allein besonders begünstigt sind diese Personen nach sächs. Rechte und sächs. Praxis nicht. Dieß gehet in Bezug auf Minderjährige und Frauen aus Art. 62. des C. G. B., in Bezug auf Soldaten aus der N. Ordonnanz v. 19. Juli 1828. Th. II. §. 91.,[4] in Bezug auf Ausländer aus der Verf. Urk. v. 4. Septbr. 1831. §. 24.[5] hervor.

§. 328.

b. Ueberzeugung des Handelnden v. der Verletzung des Rechts u. Rechtsgesetzes.[1]

Ein wesentliches Erforderniß einer jeden Rechtsverletzung und zwar ein theoretisches ist ferner des Rechtsverletzers b. Ueberzeugung von der Verletzung des Rechts eines Andern oder des Rechts- (Straf-)Gesetzes oder seiner Rechtspflicht als Wirkung durch seine Handlung als Ursache und Mittel oder von dem praktischen Widerstreite dieser letztern mit jenem. Hierher gehört also als wesentlich die Wirklichkeit (nicht bloß Möglichkeit oder Nothwendigkeit) der Ueberzeugung in dem Handelnden in Bezug auf alle in §. 64. 259. angeführten, allgem. und besondern Umstände, Thatsa-

1) l. 9. §. 5. d. minor. 4, 4. l. 38. §. 4. ad l. Jul. d. adult. 48, 5. l. 1. §. 10. ad SC. Turp. 48, 16. l. 1. §. 5. d. edendo. 2, 13. c. 1. 2. si adv. del. 2, 35.

2) l. 1. §. 10. ad SC. Turp. 48, 16. l. 38. §. 2. ad l. Jul. d. adult. 48, 5. l. 15. §. 4. 5. ad l. Corn. de falsis. 48, 10. l. 1. §. 5. d. edendo. 2, 13.

3) l. 1. §. 5. d. edendo. 2, 13. — S. überh. Mühlenbruch, Arch. f. civil. Prax. II. S. 440. 441. §. 6. 9. Heffter, i. angef. Arch. d. Crim. R. XII. X. Abh. §. 9. S. 265—270.

4) G. S. v. 1828. S. 168. in Meinem Cod. Sax. I. 1841. S. 6.

5) G. S. v. 1831. S. 248. in Meinem Cod. Sax. I. 1841. S. 88.

1) Meine Kritik d. geg. d. Leipz. Burschensch. gesprochenen Urthels, S. 121. ff.

chen, Gegenstände und Wirkungen bei einer Handlung überhaupt, angewendet hier auf die rechtsverletzende Handlung und deren rechtsverletzende Umstände und Wirkungen. Diesen Erfolg, das heißt, dessen Wirklichkeit (nicht blos dessen Möglichkeit oder Nothwendigkeit — geringere und höhere Fahrlässigkeit, s. unten, denn der Erfolg ist stets etwas Wirkliches, nicht blos etwas Mögliches oder Nothwendiges), muß[2]) der Handelnde mindestens, d. h. wenn auch nicht den Umfang und die Größe des Erfolgs wirklich[3]) gewußt, gekannt oder vorausgesehen haben (vorsätzliche Rechtsverletzung), nicht bloß haben wissen oder voraussehen können (geringere Fahrlässigkeit) oder müssen (grobe). Außerdem ist keine wirkliche, vorsätzliche Rechtsverletzung vorhanden. Falsch ist es daher, wenn Krug (Studien, II. S. 61.) sagt: „Konnte der Thäter den Erfolg voraussehen, so hat er ihn auch vorausgesehen." Denn eine jede Handlung, auch das Voraussehen, bedarf eines besondern Willensactes. Hierzu kommt, daß sehr oft die Möglichkeit, das Können des Voraussehens da, und doch dieses in der Wirklichkeit nicht da ist, zumal bei dem geistigen Vorausſehen, von dem hier die Rede ist. Denn sonst müßten ja alle Menschen das, was Einzelne voraussehen, also alle voraussehen können, und das, was sie alle unter allen Umständen vorausgesehen haben würden, auch stets wirklich voraussehen. So wie überall, so ist auch hier bei dem Voraussehen des Erfolgs ein großer, wirklicher Unterschied zwischen der Möglichkeit und Wirklichkeit. Natürlich darf auch diese Kenntniß der Verletzung des Rechts weder präsumirt, noch weniger aber fingirt, sondern muß in einem jeden einzelnen Falle besonders erwiesen und geprüft werden.[4])

§. 329.

Erklärung des Art. 31. d. S. G. G. B.

Hiergegen (§. 328.) ist nicht der Art. 31. des S. G. G. B. Denn dieser sagt blos: „Bei einer mit Vorsatz verübten gesetzwidrigen Handlung ist der eingetretene Erfolg auch dann als

2) Hiergegen fehlt das Urthel eines Appell.ger. bei Groſſ, Bemerkungen zu den Novellen d. C. G. B. v. 1840. S. 35.

3) §. 1. d. vi bon. rapt. 4, 2. l. 6. l. 9. §. 2. d. iur. et facti ign. 22, 6. — C. G. B. Art. 25. 26, 3. Art. 68. — Baierſch. Geſ.b. Art. 42. Württemb Art. 100. Preuß. Land. R. §. 807. 808. — S. vorzüglich l. 3. §. 1. d. sep. viol. 47, 12. l. 29. §. 4. ad l. Jul. d. adult. 48, 5. l. 1. §. 5. ad l. Corn. d. sic. 48, 8. P. G. O. Art. 146. —

4) Hiergegen fehlt Roux, i. d. Zeitſchrift R.pfl. u. Verw. II. B. S. 200. u. v. Hartitzſch, zu Art. 171., S. 290. nr. 5.

Digitized by Google

von dem Thäter „beabsichtigt" anzunehmen . . ., wenn die Handlung von einer solchen Beschaffenheit war, daß dieser jenen, den wirklich eingetretenen Erfolg, voraussehen mußte." Also nur in Bezug auf die Absicht, also auf die praktische Thätigkeit des praktischen Vermögens oder Willens spricht jener Art. etwas Besonderes, eine Annahme aus, nicht aber in Bezug auf die Ueberzeugung oder das Bewußtsein des Thäters von der Verletzung des Rechts oder Gesetzes, also nicht in Bezug auf die theoretische Thätigkeit des theoretischen Vermögens oder Verstandes. [1]) Denn der einzige dispositive, anordnende oder präceptive Theil und Satz ist der erste in den Worten: „ist der eingetretene Erfolg als beabsichtigt anzunehmen." Alle übrigen Sätze und Worte sind nicht anordnend, nicht dispositiv, nicht präceptiv; am allerwenigstens in Bezug auf das Voraussehen des Erfolgs. Die Sanctionirung einer Annahme, einer Präsumtion, einer Ausnahme, zumal im Strafrechte, bedarf klarer, anordnender und präceptiver Worte. Ferner spricht dieser Art. nur von dem eingetretenen Erfolge der gesetzwidrigen, mit Vorsatz verübten Handlung, also nur von dem Erfolge der Verletzung des Rechts und Strafgesetzes, nicht von dieser selbst Etwas besonderes an. Die Ueberzeugung oder das Bewußtsein des Thäters von dieser letztern läßt jener Art. ganz unberührt, oder vielmehr er setzt sie als nothwendig, wirklich und wesentlich voraus, weil er von einer „mit Vorsatz verübten gesetzwidrigen Handlung" spricht, und weil ein rechtswidriger oder gesetzwidriger Vorsatz oder Wille ohne theoretische Ueberzeugung der Rechts- oder Gesetzwidrigkeit oder der Verletzung eben so unmöglich ist, wie überhaupt der Wille ohne Verstand und theoretische Ueberzeugung. Insofern und weil also Art. 31. den rechtswidrigen Vorsatz bei der Begehung einer gesetzwidrigen Handlung als wirklich vorhanden setzt, setzt er auch zugleich das Bewußtsein der Verletzung des Rechts oder Gesetzes in dem Handelnden oder das Voraussehen als wirklich vorhanden, nicht nur als möglich oder nothwendig, (aber nicht wirklich), vorhanden. Art. 31. ist auch nicht dagegen, daß der Thäter die Wirklichkeit des Erfolgs, nicht blos dessen Möglichkeit oder Nothwendigkeit, wirklich vorausgesehen haben müsse. Ja, die Worte sind dafür. Denn es heißt: ... „daß der Thäten den

1) Fälschlich glaubt dieß Schüler, Beitr. z. Beurth d. C. G. B. f. d. K. S. Jena. 1839. S. 32.

Digitized by Google

wirklich eingetretenen Erfolg vorausſehen mußte.“ [2]) Endlich ſpricht jener Art. 31. das Erforderniß aus, daß der Thäter den Erfolg vorausſehen „mußte“, folglich mit phyſiſcher und pſychiſcher Nothwendigkeit, Unabänderlichkeit und Unvermeidlichkeit, alſo auch wirklich und in der That vorausgeſehen hat. [2])

§. 330.

Ueberzeugung des Rechtsverletzers, c. daß er ohne Recht handle.

Endlich muß bei einer Rechtsverletzung der Handelnde auch gewußt haben, daß er c. ohne Recht die — eines Andern Recht oder das verbietende Rechtsgeſetz verletzende Handlung vornehme, daß er kein Recht zu derſelben habe. Hat der Handelnde dieſe Ueberzeugung nicht oder die entgegengeſetzte gehabt, hat er geglaubt, ein Recht zu jener Handlung zu haben, ſo iſt keine zurechenbare ſtrafbare Rechtsverletzung vorhanden. [1]) Wohl aber iſt dieſe dann vorhanden, wenn der Handelnde wirklich die Ueberzeugung hatte, daß er ohne Recht handelte (Vorſatz) oder dieſe Ueberzeugung haben konnte (geringe) oder mußte (grobe Fahrläſſigkeit) ſie aber nicht gehabt hat. (Art. 68. des C. G. B.). Auch die Wirklichkeit (Vorſatz) oder Möglichkeit (geringe) oder Nothwendigkeit (grobe Fahrläſſigkeit) dieſer Ueberzeugung muß in einem jeden einzelnen Falle in ſtrafrechtliche Gewißheit geſetzt, darf weder vermuthet werden noch ungeprüft bleiben. oben §. 250. S. 229.

§. 331.

d. Identität der Gegenſtände der Ueberzeugung mit denen der Verletzung.

Natürlich gehört zu der einzelnen, beſtimmten Verletzung eines einzelnen beſtimmten Rechts noch weſentlich, d. daß die in §. 329—330. erörterte Ueberzeugung des Handelnden auch grade dieſelben identiſchen Gegenſtände der objectiven Verletzung nach Inhalt und Umfang betreffe und umfaſſe oder daß dieſe denen jener ihrer Identität nach entſprechen, kurz daß die ſubjective und objective Verletzung eine und dieſelbe, der Inhalt, Umfang und die Gegen-

2) Hiergegen fehlt das Urthel eines Appellat ger. v. 1838. bei Groſſ, Bemerk. zu den Novellen des C. G. B., 1840. Anm. zu Art. 163. S. 35. S. Meinen Commentar z. Art. 31. d. S. C. G. B. Leipzig, 1841.

1) z. B. keine Entwendung. l. 51. §. 1. d A. R. D. 41, 1. c. 2. 9. d. exec. rei iud. 7, 53. l. 10. §. 16. quae in fraud. 42, 8. l. 3. §. 9. l. 37. d. vi et vi arm. 43, 16. l. 1. §. 4. d. abigeis 47, 14. l. 51. pro socio. 17, 2. l. 7. §. 1. l. 43. §. 7. l. 91. d. furt. 47, 2, c. 20. d. furt. 6, 2. §. 7. §. 8. d. O., quae ex del. 4, 1.

Digitized by Google

ſtände jener mit dieſer identiſch ſeien.[1]) Denn ſonſt iſt eine rein ſubjective und daher als ſolche blos innere, geiſtige und ſtraſloſe Verletzung, ohne objectiven, äußern Erfolg und eine andere rein objective, äußere, körperliche und daher als ſolche zufällige und ebenfalls ſtraſloſe Verletzung, ohne, mit ihr identiſche ſubjective, zugleich vorhanden und verſchieden; mag nun dieſe Verſchiedenheit die Identität oder den Umfang des verletzten Rechts oder Rechtsgeſetzes oder des (körperlichen) Mittels oder Inſtruments der Ausführung oder des äußern Erfolgs betreffen. Es iſt in ſolchen Fällen nur eine rechtswidrige Ueberzeugung, nur eine auf einen ſolchen Erfolg gerichtete Handlung vorhanden. So wie Leib und Seele, ſo muß auch die imputatio facti und iuris, ſo müſſen auch die objectiven und ſubjectiven Erforderniſſe der Zurechenbarkeit eines ſein und ausmachen, nach Gegenſtand und Wirkung identiſch. Betrachtet man in ſolchen Fällen der Verſchiedenheit der objectiven und ſubjectiven Verletzung, beide als verſchiedene, ſo iſt als vorſätzliche keine ſtrafbar. Die erſtere, die ſubjective, nicht, weil ſie zwar zurechenbar, allein nicht äußerlich geworden, gar keinen äußern Erfolg gehabt hat, alſo nicht ins Rechtsgebiet gehört; dieſe nicht, weil ſie, ohne wirkliche Ueberzeugung und Bewußtſein, nicht ſubjectiv zurechenbar iſt. Weder in jenem noch in dieſem Falle hat irgend eine Perſon wegen vorſätzlicher Verletzung ein Zwangs- oder Strafrecht, in jenem nicht, weil keine wirklich verletzt worden iſt, in dieſem nicht, weil die Perſon, welche, und das Recht, welches verletzt worden iſt u. ſ. w., nicht wirklich gekannt oder gewußt worden iſt. Nimmermehr aber iſt[2]) eine jede von obigen Verletzungen rechtlich ſtrafbar,[2]) mithin doppelte Strafbarkeit vorhanden, einmal wegen Vorſatz, ein anderes Mal wegen Fahrläſſigkeit.[2]) — Als eine Verletzung aber und zwar als vorſätzliche,[3]) kann man obige Verletzun-

1) l. 53. d. furt. 47, 2.: „Maleficia voluntas et propositum distinguit.“ Vergl. l. 41. pr. §. 1. ad l. Aquill. 9, 2. l. 53. pr. l. 39. l. 82. §. 2. l. 46. § 7. l. 22. d furt. 47, 2. — l. 14. §. 2. d. praescr. verb. 19, 5. — pr. §. 1. d. vi bon. rapt. 4, 2. P. G. O. Art. 107. Nicht dagegen iſt der unbeſtimmte Vorſatz. ſ. unten.

2) Geſterding, im N. Arch. d. C. R. III. 486. Heffter, Lb. §. 73. Zachariä, v. Verſuche, S 274. Luden, v. Verſuche, S. 516. Gaib, im Arch. d. C. R. N. Folge, 1837. S. 561. 1838. S. 36. Temme, Lehre v. d. Tödtung n. preuß. R. S. 149. Kleins Annal. 18. Bd. nr. 9. Preuß. Land. R. §. 807. 808.

3) Wächter, Lb. II. 163. not. 27. nr. 4. a. b. c. S. 128. Jarcke, Hdb. III. S. 220. Pfotenhauer, Ueb. d. Einfl. d. Irrth. u. d. ſog. Verirrung auf d. Strafb. voll. Verbr., Leipzig, 1839. S. 34. ff. — Arrêt d. franz. Caſſat. Hofs v. 31. Juni 1835. (Hellie, theorie du Code pénal, V. p.

Digitized by Google

gen ohne gewaltſam Fictionen auch nicht betrachten, ſobald man eine jede Rechtsverletzung überhaupt als Verletzung des Rechts und der Perſon, welches und welche unmittelbar verletzt wird, und nicht vielmehr alle Rechtsverletzungen und Verbrechen als Verletzungen des Rechts der Staatsgewalt auf Bewahrung und Aufrechthaltung der Rechtsordnung anſieht, wie man allerdings muß. (§. 168.). Allein dann, d. h. bei der letztern, allein richtigen Betrachtungsweiſe kommt zur Begründung des Rechts der Staatsgewalt, wegen der Verletzung ihres Rechts zu ſtrafen, (wohl aber bei der Prüfung, ob Vorſatz oder Fahrläſſigkeit, Verſuch oder Vollendung vorhanden iſt) auf jene Verſchiedenheit der ſubjectiven und objectiven Verletzungen in Bezug auf das Mittel der Ausführung, den äußern Erfolg nichts, noch weniger aber auf die Verſchiedenheit der (verletzten) Privatperſon oder des Privatrechts etwas an. Denn in Bezug auf die Staatsgewalt und auf das Recht dieſer machen allerdings jene — in andrer, in privatlicher Beziehung ſcheinbar doppelten, Verletzungen nur eine aus, nur eine Verletzung des einen Rechts der einen Staatsgewalt auf Bewahrung des Rechts. Nach dieſer Theorie fallen viele Fragen und Streitigkeiten über thatſächlichen Irrthum (error facti s. ignorantia.) in Bezug auf unmöglichen oder nicht wirklichen Erfolg oder Gegenſtand ſo wie über Verirrung (aberratio) des Handelnden in Bezug auf die Identität des gekannten und verletzten Objects nicht minder die Nothwendigkeit etwaiger Unterſcheidungen der Fälle weg. Nach derſelben Theorie rechtfertigt ſich auch der oft getadelte Art. 27. des S. C. G. B., nach welchem dennoch Strafe eintritt, „obgleich an dem Gegenſtande, gegen welchen die geſetzwidrige Handlung gerichtet war, eine Rechtsverletzung, (d. h. die unmittelbare Verletzung des Rechts einer (Privat-) Perſon) nicht begangen werden konnte, (unmögliche, Wahn, putative Verbrechen). — Im Uebrigen ſchweigt daher das S. C. G. B. über obige Fälle mit Recht. Natürlich iſt aber Art. 68. ſtets wohl zu beachten.

§. 332.

2. Urtheil und Schluß oder Subſumtion. a. deren Inhalt oder Erklärung.

Dieſe bisher in §. 328—331. betrachtete theoretiſche Ueberzeugung des Handelnden von dem in §. 64. 259. angegebenen Inhalte oder

218. 222.). Fourth, report of the commissions on criminal. Low, 1839. p. XXXIII. Badenſcher Entw. Art. 89. Hitzig's Annal. IV. S. 1. v. Watzdorf, Crimin. Jahrb. f. Sachſen, I. B. 2. H. S. 168. Mittermaier, zu Feuerbach's Lb. 13. Aufl. 1840. §. 57. not. 1. S. 98. — Krug, Studien, II. S. 42.

Umfange, wie ſie zu einer jeden Rechtsverletzung und zu einem jeden Verbrechen erfoderlich iſt, iſt das Reſultat der Thätigkeit des geſammten theoretiſchen Vermögens des Handelnden, vorzüglich aber auch der Urtheils- und Schlußkraft. Der Handelnde muß nämlich mit Ueberzeugung urtheilen, daß er kein Recht zu der fraglichen — rechtverletzenden — Handlung, daß der Andere ein derſelben entgegenſtehendes Recht habe und daß dieſes durch jene verletzt werde. Der Handelnde oder Rechtsverletzer muß alſo vor und bei ſeiner Rechtsverletzung ein förmliches richterliches Urtheil gefällt, er muß geſchloſſen oder den Schluß gemacht haben, daß die fragliche Handlung unter das verbietende Rechtsgeſetz falle, oder jene unter dieſes ſubſumirt haben.

§. 333.

Beiſpiele.

Dieſe Pflicht, zu prüfen, zu urtheilen und zu ſchließen, wird z. B. im S. C. G. B. Art. 39. 41. u. 86. von jedem Staatsbürger gefodert in Betreff einer Nachricht von dem Vorhaben eines Verbrechens, ob und daß dieſelbe nämlich „glaubwürdig" ſei, ja, ſogar in Betreff der Gattung des Verbrechens ſelbſt, ob und daß daſſelbe nämlich „Hochverrath, Staatsverrath im Kriege, Aufruhr, Mord, Nothzucht, Raub, Brandſtiftung, Verfertigung falſcher Münzen" u. ſ. w. iſt. Hier wird ein förmliches (richterliches Privat-) Urtheil und eine förmliche Subſumtion der Handlung unter das Strafgeſetz von jedem, auch dem dümmſten, nicht geſetz- und rechtskundigen Unterthanen, wie von einem rechtsgelehrten Richter, gefodert. Ja, es wird ſogar von dem Handelnden ein förmliches Urtheil über die „Thäterſchaft", über den „wahren" Verbrecher, über jemandes „Unſchuld", mithin Kenntniß der ſtrafproceßrechtlichen Beweistheorie gefodert in Art. 40., wenn man nicht hier unter „Kenntniß" nur eigne, ſinnliche Wahrnehmung, mithin empiriſches Wiſſen verſtehen will. (§. 15. ff. 56.). Ja, noch weit ſchwierigere Urtheile werden dem Staatsbürger angeſonnen, z. B. im C. G. B. Art. 105. 106. 117. 149. 211. 218. über die Zuſtändigkeit von Behörden, Art. 108. über „unzweifelhafte" Leiſtungen, Art. 211. über die Pflicht, die Wahrheit zu ſagen, (Art. 245.) ꝛc. Vergl. noch Art. 249. 261. 264. 265. 267. 275. 281. 294. ꝛc. Dieſelbe Thätigkeit der Urtheils- und Schluß kraft wird bei einem jeden Verbrecher vorausgeſetzt, z. B. in Art. 81. das Urtheil und der Schluß, ob der Angriff ein gewaltſamer, wel-

Digitized by Google

ches das Regierungsrecht des Staatsoberhaupts, welches wesentliche und außerwesentliche Bestandtheile der Staatsverfassung seien u. s. w. Ja, in einer neuern Entscheidung eines Sächs. Gerichts wurde sogar das Urtheil des Denuncianten darüber, ob ein — objectiv vorliegendes — Verbrechen zurechenbar, ob vorsätzlich oder fahrlässig, ob aus Muthwillen oder Bosheit begangen sei, erfodert, der Denunciant nämlich deßhalb in die Untersuchungskosten verurtheilt, weil die Angeschuldigten, obwohl sie die ganze Denunciation, d. h. zugestanden hatten, daß sie über des Denuncianten Wiese gefahren, sie benutzt und beschädigt hätten, (C. G. B. Art. 287. 288.) aber excipirt, — jedoch nicht bewiesen — hatten, daß sie es nicht aus Bosheit oder Muthwillen, sondern deßhalb gethan hätten, um eine etwas schlechte Stelle der Straße zu vermeiden.!!

§. 334.

b. Deren Wesentlichkeit. [1])

Ohne dieses wirklich gemachte Urthel und ohne einen solchen Schluß des Handelnden begeht er kein Verbrechen oder wenigstens nicht das,[2]) dessen objectiver Thatbestand zwar da ist, welches er aber nicht zu begehen glaubte, wohl aber vielleicht ein anderes. So wird das Verbrechen der Gewaltthätigkeit durch die Meinung des Handelnden, daß er zu derselben berechtigt sei, nur Selbsthülfe.[4]) Oder es hat Jemand seine eigene bewegliche Sache, in der Ueberzeugung von seinem Eigenthume, einem Andern eigenmächtig, heimlich wegnehmen wollen und weggenommen, dieselbe ist aber nicht sein, sondern eines Andern Eigenthum. Hier ist nicht Diebstahl, sondern nur Selbsthülfe[4]) vorhanden. Oder es hat Jemand stehlen[1]) wollen, der Eigenthümer aber in die Wegnahme seiner Sachen gewilligt. Oder es hat Jemand Selbsthülfe begehen wollen, die Sache aber, die er eigenmächtig wegnimmt, ist eine fremde.[3]) Vergleiche noch Diebstahl und Raub mit Selbsthülfe, damnum iniuria datum mit Injurie; Raubmord mit dem bloßen Mord. Ob das Urtheil oder der Schluß des Handelnden, d. h. die Subsumtion seiner Handlung unter das Rechts- und Strafgesetz richtig ist, oder falsch, ob er jene unter ein solches

---

1) Mittermaier, zu Feuerbach's Lb. §. 57. not, 1. S. 99.
2) l. 53. d. furt. 47, 2.: „Maleficia voluntas et propositum delinquentis distinguit.
3) l. 7. 8. ad l. Jul. de vi priv. 48, 7. c. 11. d. pign. act. 4, 24.
4) l. 10. §. 16. quae in fraud. 42, 8. l. 3. §. 9. l. 17. d. vi et vi arm. 43, 16. l. 1. §. 4. d. abig. 47, 14.

Digitized by Google

oder richtiges Gesetz falsch oder richtig subsumirt habe, darauf kommt nichts an. Vielmehr ist die Handlung auch vom Richter unter das Rechts- und Strafgesetz zu subsumiren, unter welches sie der Handelnde subsumirte und von welchem er wußte, daß er es verletze, nicht aber unter ein anderes, von welchem der Handelnde nicht wußte, daß er es verletze. Mit andern Worten: die Handlung ist vom Richter als das Vergehen zu betrachten, welches der Handelnde selbst zu begehen glaubte und von welchem er wußte, daß er es begehe, nicht aber als ein anderes, von welchem der Handelnde nicht wußte und glaubte, daß er es begehe. Die Ueberzeugung des Handelnden von seiner Rechtsverletzung muß sich daher auch grade auf dasselbe identische Recht und Rechtsgesetz bezogen haben, welches verletzt worden ist. War jene Ueberzeugung auf ein anderes Recht und Rechtsgesetz gerichtet, als wirklich verletzt worden ist, so ist die Handlung nicht als die Verletzung dieses Rechts und Rechtsgesetzes, welches der Thäter weder kannte noch zu verletzen glaubte, sondern nur als die (versuchte) Verletzung jenes Rechts und Rechtsgesetzes, von welchem er wußte, daß er es verletze, zu betrachten und zu bestrafen. (Ob in Bezug auf die Verletzung des andern Rechts Fahrlässigkeit, oder unbestimmter, indirecter, eventueller, alternativer Vorsatz vorhanden sei, ist eine andere Frage). Diese Ueberzeugung des Handelnden, deren Richtung, Gegenstand und Umfang — der besondere subjective Thatbestand — ist der erste Maaßstab und das erste Gesetz der Subsumtion einer Handlung unter ein Rechts- und Strafgesetz und für die Beurtheilung derselben nach ihrer Gattung, Qualität, Quantität und Identität, jene Ueberzeugung macht eine Handlung bei der Gleichheit aller objectiven Merkmale mit andern (Verletzungen) dennoch zu einer besondern, von allen übrigen verschiedenen.

§. 335.

Fehler in der Subsumtion und Modalität derselben.

Auch ein Fehler und Irrthum in der Subsumtion einer Handlung unter ein Rechtsgesetz ist ein Grund der Unzurechenbarkeit der bestimmten, unter ein bestimmtes Gesetz fallenden, von dem Handelnden aber nicht unter dieses, sondern unter ein anderes fälschlich subsumirten Handlung. Nur als die Handlung und als unter das Rechtsgesetz fallend ist eine Handlung zurechenbar, unter wel-

5) l. 7. §. 1. l. 48. §. 2. 3. l. 76. pr. l. 91. d. furt. 47, 2. l. 14. §. 12. quod met. c. 4, 2. V. noch §. 7. d. oblig.. quae ex del. 4, 11. Meine Novae legg. controv. Interpr. Mis. 1837. I. §. 9. not. 7. p. 13.

Digitized by Google

ches der Handelnde selbst sie subsumirte, mag nun der Grund der fehlerhaften Subsumtion in einer natürlichen Fehlerhaftigkeit der Urtheils- und Schlußkraft, oder in der mangelhaften Ausbildung derselben bestehen. Endlich muß diese Subsumtion nicht nur möglich (geringere) und nothwendig (höhere Fahrlässigkeit), sondern wirklich geschehen oder vorhanden gewesen sein.

§. 336.

Nichtsubsumtion.

Hierher gehört auch die Nichtsubsumtion einer Handlung unter ein Rechts- und Strafgesetz oder die Subsumtion einer Handlung unter gar kein Strafgesetz oder der Fall, wo der Thäter eine gar nicht verbotene Handlung zu begehen glaubt, diese für erlaubt hält, weil er glaubt und überzeugt ist, daß sie unter irgend ein, und unter ein bestimmtes Strafgesetz nicht falle, wo er also die Ueberzeugung und das Bewußtsein hat, gar kein Rechts- und gar kein Strafgesetz zu verletzen. Auch hier ist die Zurechenbarkeit einer solchen Handlung durch jene Nichtsubsumtion, durch diesen Fehler im Schließen ausgeschlossen, (ob auch Fahrlässigkeit, ist eine andere Frage). So ist z. B. derjenige nicht, selbst nicht einmal wegen Fahrlässigkeit, strafbar, der durch ein actenwidriges, seichtes und ungerechtes Urtheil eines Gerichts verurtheilt, dieses blos zu seiner Vertheidigung angreift, tadelt, actenwidrig, seicht u. s. w. nennt, jedoch durchaus weder das Gericht selbst angreift, noch irgend beleidigen will, noch zu beleidigen glaubt oder nur vermuthet, ahnt, fühlt oder fürchtet, der seine Vertheidigungsschrift wiederholt in der erweislichen Absicht durchliest, um jeden nur irgend beleidigenden Ausdruck zu vermeiden und auszustreichen, und auch wirklich ausstreicht, der ferner wiederholt die Strafgesetze über Ehrverletzungen studirt, genau mit seinen Aeußerungen vergleicht und wiederholt zu der Ueberzeugung kommt, daß sie unter jene Strafgesetze nicht fallen; der endlich sogar seine Vertheidigungsschrift Rechtsgelehrten zur Censur und Correctur mittheilt und von ihnen das rechtliche Gutachten erhält, daß in der Vertheidigungsschrift kein einziger nur irgend strafbarer oder ehrverletzender Ausdruck vorkomme, dieser ist, sage ich, nicht strafbar, selbst wenn diese Nichtsubsumtion falsch, die Verheidigungsschrift nach der Ansicht eines Gerichts dennoch ehrverletzend oder beleidigend ist. Wenigstens ist in einem solchen Falle die Zurechenbarkeit fast bis auf Null reducirt, so, daß keine

Digitized by Google

Strafe zu gelind[1]) sein kann. Uebrigens sind diese Fälle der Unzurechenbarkeit oder Zurechnungslosigkeit wegen falscher oder Nichtsubsumtion einer Handlung unter ein Strafgesetz ganz verschieden von denen der Unkenntniß des Strafgesetzes. Im Gegentheile wird in jenen grade Kenntniß des Strafgesetzes in dem Handelnden vorausgesetzt.

§. 337.

Nach dem S. C. G. B.

Diese Grundsätze über die Nothwendigkeit der nicht nur vorhandenen, sondern auch im einzelnen Falle wirklich angewendeten und thätig gewesnen Urtheils- und Schlußkraft in dem Verbrecher so wie über die Nothwendigkeit der von demselben geschehenen Subsumtion seiner Handlung unter ein verbietendes Rechts- oder Strafgesetz zu einer Rechtsverletzung oder zur Zurechnungsfähigkeit und Zurechenbarkeit scheinen nach gemeinem teutschen Rechte[1]) unzweifelhaft, aber auch nach dem sächsischen C. G. B. anzunehmen zu sein. Zuvörderst können jene Fälle der falschen oder Nicht-Subsumtion der strafbaren Handlung, wenn sie aus einer natürlichen Fehlerhaftigkeit oder einer Krankheit der Urtheils- und Schlußkraft herrühren, unter den Art. 67., a. subsumirt werden. Zwar spricht er blos von Personen, die „durch eine Seelenkrankheit ihrer Vernunft beraubt sind." Allein wenn man nicht eine unverzeihliche Lückenhaftigkeit des C. G. B. über die Gründe der Zurechnungslosigkeit annehmen will, so muß man in jenem Art. 67., a. den Begriff „Vernunft" in dem weitesten Umfang für theoretisches Vermögen überhaupt nehmen, so, daß sie, wenn nicht auch die theoretische Sinnlichkeit, doch auch den Verstand, die Urtheils- und Schlußkraft mit umfaßt. Hiefür spricht auch der Ausdruck: „Seelenkrankheit", der eine jede Krankheit der Seele und eines jeden einzelnen Vermögens derselben, folglich auch der Urtheils- und Schlußkraft mit umfaßt.

1) Das Appellat.ger. zu Bautzen bestätigte in einem solchen Falle dennoch d. Urthel der Juristenfacultät zu Leipzig, in welchem ein Selbstvertheidiger zu vier Wochen Gefängniß verurtheilt worden war. 1840.

1) l. 36. §. 1. l. 37. d. usurp. 41, 3. §. 1. d. vi bon. rapt. 4, 2. l. 25. §. 6. d. H. P. 5, 3. Jenull, d. österr. Crim. R. B. I. S. 149. 158. Wächter, Lb. §. 73. not. 43. S. 121. Meine Grundw. d. g. t. u. s. Civ.- u. Crim. Proc. §. 40. not. 8. S. 59. §. 41. not. 1. S. 61. Martin, Lb. §. 32. not. 8. 9. S. 72. §. 33. not. 4. S. 73. not. 7. S. 75. —

§. 338.

3) Nichtüberzeugung und Nichtſubſumtion; A. aus unbewußter Fahrläſſigkeit.

Die bisher als weſentliche Erforderniſſe einer jeden Rechtsverletzung nachgewieſenen rein theoretiſchen Merkmale oder die Ueberzeugung (das Wiſſen) und die Subſumtion der Rechtsverletzung als ſtrafgeſetzwidriger, müſſen, wenn dieſe zum rechtswidrigen Vorſatze zugerechnet werden ſoll, ſtets wirklich oder in Wirklichkeit, nicht blos möglicher oder nothwendiger Weiſe vorhanden geweſen ſein. Soll aber die Rechtsverletzung blos zur Fahrläſſigkeit zugerechnet werden, ſo können jene theoretiſchen Erforderniſſe auch wirklich und in Wirklichkeit; jedoch nur unter der Vorausſetzung der Nichtwirklichkeit der praktiſchen oder des Wollens (bewußte Fahrläſſigkeit), außerdem aber müſſen ſie nur, aber auch mindeſtens, möglicher oder nothwendiger Weiſe (unbewußte Fahrläſſigkeit) vorhanden geweſen ſein. In dieſen Fällen der bewußten und unbewußten Fahrläſſigkeit nun, d. h. wenn der Thäter das Rechts-(Straf-)Geſetz, die Strafgeſetzwidrigkeit ſeiner Handlung und den wirklich eingetretenen Erfolg derſelben entweder zwar wirklich wußte, aber nicht wollte oder zwar nicht wirklich (vorher) wußte oder vorausſah, aber (vorher) wiſſen oder vorausſehen konnte, ſollte oder mußte, ſo fragt es ſich, ob dieſe Fahrläſſigkeit nach dem S. E. G. B. in der Regel ſtrafbar ſei. Dieſe Frage iſt zu verneinen. Denn nach Art. 32. des E. G. B. iſt eine bei dem Mangel rechtswidrigen Vorſatzes aus (mittelbarer oder unmittelbarer, bewußter oder unbewußter) Fahrläſſigkeit entſtandene Rechtsverletzung nur in den im Geſetze beſtimmten Fällen ſtrafbar. Dieſe geſetzliche Beſtimmung iſt nicht nur negativ, ſondern ſogar poſitiv oder affirmativ, ferner ganz allgemein von Fahrläſſigkeit, folglich von jeder, auch von der mittelbaren, ausgedrückt. Deßhalb iſt nun eine jede bei dem Mangel rechtswidrigen Vorſatzes 1) aus fahrläſſiger oder verſchuldeter Unkenntniß des Strafgeſetzes, 2) oder eine jede aus fahrläſſiger Unkenntniß (Vorausſehen) der Wirklichkeit, des Eintritts der Rechtsverletzung oder des rechtverletzenden Erfolgs aus und durch des Thäters Handlung; ferner 3) eine jede aus der fahrläſſigen Ueberzeugung des Rechtsverletzers, daß er ohne Recht handle, auch eine jede aus fahrläſſiger Nichtſubſumtion der rechtverletzenden Handlung unter das (Rechts-) Straf-Geſetz; ferner 4) eine jede in, durch Fahrläſſigkeit verſchuldetem a. Mangel des Vernunftgebrauchs, b. Seelenkrankheit, c. Unterrichtsloſigkeit taubſtumm geborner oder in den Jahren der Kind-

Digitized by Google

heit taubstumm gewordener Personen, d. völliger Bewußtlosigkeit durch (fahrlässig verschuldete) Krankheit oder andre Umstände, e. Mangel der Freiheit, f. Falle der Nothwehr, g. Excesse der Nothw., h. und Nothstande oder allgemein eine jede in, durch Fahrlässigkeit verschuldetem Mangel der Zurechnungsfähigkeit oder Zurechenbarkeit entstandene Rechtsverletzung nicht mit Strafe zu belegen.

§. 339.

Erklärung des Art. 67. des S. C. G. B.

Hierfür ist auch argumento a contrario Art. 67., 2. Absatz. Denn der Gesetzgeber hielt für nöthig, in Bezug auf den durch Vorsatz verschuldeten Zustand völliger Bewußtlosigkeit zu bestimmen: „Hat sich jedoch der Thäter selbst in einen solchen Zustand versetzt, so ist ihm, dafern solches absichtlich geschah, um das Verbrechen zu verüben, die That als vorsätzlich[1]) zuzurechnen" (actiones liberae in causa oder actiones ad liberatem relatae). Dafern solches aber aus Fahrlässigkeit geschah —, hierüber hat der Gesetzgeber nichts bestimmt, weßhalb hier Art. 32. einschlägt. Hierfür ist ferner auch, daß nach dem VII. Capitel Art. 67. 69. 70. (72?) die Strafbarkeit ganz allgemein ausgeschlossen wird „wegen Mangels an Zurechnungsfähigkeit, bei mangelndem Vernunftgebrauch, bei mangelnder Freiheit, im Falle der Nothwehr, im Excesse der Nothwehr", (in andern Nothfällen? bei Irrthum?) also nicht nur, wenn jene Mängel der Zurechnungsfähigkeit ohne Fahrlässigkeit entstanden, unverschuldet, sondern auch dann, wenn sie verschuldet, durch Fahrlässigkeit entstanden sind. Ja, eine solche Beschränkung des Art. 67. c. blos auf diesen letztern Fall in den Worten des Entwurfs „durch andere „zufällige" Umstände," wurde ausdrücklich gemißbilligt und deßhalb das Wort „zufällige" von der gesetzgebenden Gewalt gestrichen.[2]) Hierfür spricht ferner Folgendes: Die Deputation der I. K. hatte zu Art. 67. folgende Fassung des 2. Absatzes beantragt:[3]) „Hat sich der Thäter selbst ... zuzurechnen, „außerdem kann ihm die That in geeigneten Fällen als Fahrlässigkeit angerechnet werden." Allein die Regierung ent-

1) Eben so das gemeine Recht. Mittermaier zu Feuerbach's Lb. §. 90, a. not. x—aa. S. 150. Baiersch. Ges.b. Art. 40. 125. und alle neuern Strafgesetzbücher. Allein diese Fälle und Bestimmungen sind unpraktisch, unmöglich und ungerecht. Hepp, Commentar, 1. S. 677. not. Stübel, üb. d. S. C. G. B. S. 43. 44.

2) L. A. Beil. z. II. Abth. 1. Slg. S. 76. f. Beil. z. III. Abth. 1. Slg. S. 63. Mitth. S. 429. f. 2648. f. 2186. f.

3) L. A. Beil. II. Abth. 1. Slg. S. 76. f.

Digitized by Google

gegnete: fahrlässige, z. B. Trunkenheit könne nur als solche (von der Polizei) bestraft werden; nicht aber das in ihr und völliger Bewußtlosigkeit begangene Verbrechen als solches, selbst wenn der Thäter gewußt, daß er in trunkenem Zustande zu Excessen geneigt sei.[4]) Jener Zusatz wurde daher von Regierung und Ständen nicht angenommen, also ausdrücklich gemißbilligt.[5])

§. 340.

Art. 68. und 72. des S. G. G. B.

Nur theilweise könnte gegen die in §. 338. behauptete Straflosigkeit der Fahrlässigkeit Art. 68. eingewendet werden. Derselbe lautet: („Ausschließung der Strafbarkeit wegen Mangels an Zurechnungsfähigkeit) 3) bei Irrthum." „Straflos sind ferner diejenigen, welche eine an sich nicht verbotene Handlung zu begehen glauben, die jedoch wegen factischer, ihnen ohne ihre Schuld unbekannt gebliebener Umstände strafbar ist. Ist die Handlung an sich strafbar und wird nur die Strafbarkeit derselben durch Umstände vermehrt, welche dem Thäter unbekannt sind, so ist bei der Bestrafung die Handlung nur nach den dem Thäter bekannten Verhältnissen zu beurtheilen." Allein zuvörderst lautet die Ueberschrift ganz allgemein „bei Irrthum", nicht blos: „bei unverschuldetem Irrthume". Sodann ist in dem zweiten Satze ganz allgemein — ohne den Zusatz „ohne Schuld" gesagt: „welche dem Thäter unbekannt sind" und „nach den dem Thäter bekannten Verhältnissen". Allein auch die Worte: „ohne ihre Schuld" stehen nicht entgegen. Denn es heißt: „Straflos sind die, welche eine an sich nicht verbotene — jedoch eigentlich wegen factischer, ihnen ohne ihre Schuld unbekannt gebliebener Umstände strafbare — Handlung zu begehen glauben. Es ist aber nicht gesagt, noch weniger präceptiv und positiv ausgedrückt, daß Jemand dann nicht straflos sei, wenn er eine an sich nicht verbotene — jedoch wegen factischer, ihm nicht ohne seine Schuld — (oder „mit seiner Schuld") unbekannt gebliebener Umstände strafbare — Handlung zu begehen glaubt. Ueberhaupt ist gar nicht ausgedrückt, was dann werden soll, wenn die factischen Umstände, wegen deren eine Handlung strafbar ist, dem Thäter durch seine Schuld unbekannt geblieben

4) Mitth. S. 430. f.

5) Herrmann, z. Beurth. S. 138. Schüler, S. 56. und Mittermaier, zu Feuerbach, §. 90, a. not. x. tadeln dieß und diese Lücke. Allein eine „Lücke" ist nicht vorhanden. — Preuß. Land. R. II. 20. §. 22. 738. 739. — Für die Strafbarkeit der fahrlässigen Bewußtlosigkeit ist Baierisch. St. g. b. Art. 121. Hannov. Art. 99. Württemb. Art. 91.

Digitized by Google

sind. Noch weniger ist dann die Strafbarkeit und Zurechenbarkeit der Handlung ausgesprochen. Das ganze 11. Capitel ist ein nach Inhalt und Form nur negatives. Es bestimmt nirgends, daß und wenn eine Handlung strafbar sein soll, sondern nur wenn und daß sie straflos, nicht strafbar sein soll. (Vergl. oben §. 292.). Hier handelt es sich aber von einem positiven, affirmativen Erfordernisse der Strafbarkeit, nämlich von Ueberzeugung, Wissen, Bewußtsein. „Von den Gründen, welche die Strafbarkeit ausschließen," ist erst dann die Rede, wenn die sämmtlichen positiven Erfordernisse derselben vorhanden sind. Jedoch, abgesehen von allen diesen Gründen, angenommen, Art. 68. spreche dann Strafbarkeit und Zurechenbarkeit aus, wenn jemand eine an sich nicht verbotene, jedoch wegen factischer, ihm durch seine Schuld unbekannt gebliebener Umstände strafbare Handlung zu begehen glaubt. Als was soll ihm dann diese zugerechnet werden? als Vorsatz? oder als Fahrlässigkeit? Als letztere kann und darf sie nicht zugerechnet und bestraft werden. Denn eine jede aus bloßer Fahrlässigkeit entstandene Rechtsverletzung ist nur in den im Gesetze bestimmten Fällen strafbar. Ein solcher, im Gesetze bestimmter Fall, eine solche Bestimmung ist hier nicht, Vorsatz aber ist ebenfalls nicht vorhanden. Folglich ist jede in fahrlässiger Unkenntniß (§. 338.) begangene Rechtsverletzung nicht strafbar. — Ganz dieselbe Argumentation, ganz dieselben Gründe und Resultate passen auf Artikel 72. und auf dessen Worte: „daß eine gesetzwidrige, im „unverschuldeten" Nothstande begangene Handlung nicht strafbar sein soll." (oben §. 247.).

§. 341.

Art. 31. des S. C. G. B.

Gegen die in §. 338. behauptete Straflosigkeit der Fahrlässigkeit in allen — außer den im Gesetze bestimmten — Fällen ist auch nicht Art. 31. des S. C. G. B. (s. oben §. 329. und 322. §. 291.). Denn zuvörderst erwähnt oder beschreibt dieser Art. die unbewußte, entfernte oder geringere Fahrlässigkeit, die Möglichkeit oder das Können des Vorausſehens des rechtswidrigen Erfolgs gar nicht. Gegen deren Straflosigkeit kann also Art. 31. gar nicht, sondern dieser kann höchstens gegen die behauptete Straflosigkeit der unbewußten nahen oder groben Fahrlässigkeit, der Nothwendigkeit oder des Müssens des Vorausſehens des rechtswidrigen, wirklich eingetretenen Erfolgs — „wenn diesen der Thäter

Digitized by Google

voraussehen mußte" —, und gegen die Straflosigkeit der bewußten Fahrlässigkeit eingehalten werden. Mag nun dieses „voraussehen müssen" in Art. 31. soviel als „wirklich vorausgesehen haben" (s. unten) bedeuten, folglich blos von der bewußten Fahrlässigkeit zu verstehen sein — oder nicht; in jedem Falle und ohne allen Zweifel verordnet Art. 31. gar nichts und kein Wort über die Strafbarkeit der Fahrlässigkeit. Es heißt in Art. 31. blos, „es solle bei einer mit Vorsatz verübten gesetzwidrigen Handlung der eingetretene Erfolg auch (schon) dann als beabsichtigt angenommen werden, wenn ihn der Thäter nach der Beschaffenheit der Handlung voraussehen mußte", oder — mit andern Worten: wenn (bewußte oder nur) unbewußte nahe und größere (in der Nothwendigkeit des Voraussehens des Erfolgs bestehende) Fahrlässigkeit vorhanden ist. Also diese soll nicht strafbar sein, sondern aus ihrem erwiesenem Dasein soll nur das Dasein des Vorsatzes geschlossen und angenommen werden. Beide Fälle sind noch von einander verschieden. Sobald nämlich der Mangel oder das Nichtdasein der auf den eingetretenen Erfolg gerichteten Absicht oder des Willens oder gar das Nichtwollen desselben gewiß oder wenn und sobald erwiesen ist, daß jener Erfolg ohne oder gar wider den Willen des Thäters eingetreten ist, so wird er nicht als beabsichtigt angenommen und nicht bestraft, ungeachtet dann immer noch Fahrlässigkeit vorhanden war, ungeachtet der Erfolg vorausgesehen wurde oder vorausgesehen werden mußte und dieß erwiesen ist. Wäre — außer den in Gesetzen bestimmten Fällen, auch Fahrlässigkeit, fahrlässige Unkenntniß u. s. w. strafbar, so würde selbst dann noch Strafe eintreten, wenn der Schluß auf die Absicht oder die Rechtsvermuthung derselben aus der Fahrlässigkeit durch Gegenbeweis — den Beweis des Nichtwollens — widerlegt ist, der Erfolg aber von dem Thäter vorausgesehen werden mußte.

§. 342.

Strafbarkeit der mittelbaren Fahrlässigkeit nach andern G. B. Trunkenheit.

Nach gemeinem Rechte ist die mittelbare Fahrlässigkeit (§. 338.) strafbar, auch die in fahrlässiger Trunkenheit begangene (mittelbar fahrlässige) Rechtsverletzung, wenn jene die Zurechnung und das Bewußtsein nicht ganz aufhebt (§. 338, not. 1.). Die Trunkenheit hebt vorzugsweise nur die theoretischen Erfodernisse eines Verbrechens auf. — 1) Im Sächs. u. Baiersch. C. G. B. (Art. 40. 121.) ist Trunkenheit gar nicht besonders, sondern nur unter „dem Zustande

der Bewußtlosigkeit" oder der „Sinnenverwirrung" angedeutet. Eben so erwähnt der Code pénal die Trunkenheit gar nicht als Grund der Aufhebung der Zurechenbarkrit, weshalb die Frage, ob Trunkenheit da sei, gar nicht an die Geschornen gestellt werden kann. Dennoch nimmt man aber in Frankreich an, daß völlige und unverschuldete Trunkenheit die Zurechnung aufhebe. Es wird Trunkenheit zugerechnet 3) nach Preuß. L. R. II. 20. §. 22. nur, wenn sich jemand vorsätzlich oder mittelst groben Versehens in sie versetzt hat, 4) nach Oesterr. Ges.b. über Gefällsübertret. v. 1835. §. 15. nicht, wenn jemand die That in einer ohne sein Verschulden entstandenen vollen Berauschung beging und die Ausführung nicht vor derselben begann oder versuchte. 5) Nach Württemb. Ges.b. Art. 97. fällt die Strafloſigkeit weg, wenn sich der Thäter in den Zustand (vorübergehender Verwirrung der Sinne) durch Trunk oder andere Mittel absichtlich versetzt hat, um in demselben ein, im zurechnungsfähigen Zustande beschlossenes Verbrechen auszuführen, oder wenn er seinen Zustand durch Fahrläſſigkeit herbei geführt und während desſelben eine rechtswidrige Handlung begangen hat, bei welcher das Gesetz die Fahrläſſigkeit bestraft. Folglich macht bei allen andern Verbrechen fahrläſſige Trunkenheit oder Bewußtloſſigkeit straflos.[1]) Ebenso der Badensche Entw. Art. 72.

Zweites Kapitel.

Von den praktischen subjectiven Erfodernissen oder von dem Willen der Rechtsverletzung.

§. 343.

Einleitung.

Die bisher im Einzelnen aufgezählten subjectiven theoretischen Erfodernisse, das Wissen, die Ueberzeugung und die Subsumtion, in Betreff des Strafgesetzes, der Verletzung desſelben oder der Strafgesetzwidrigkeit als solcher, sind gemeinschaftliche, sowohl des rechtswidrigen Vorsatzes als der Fahrläſſigkeit, nur mit dem Unterschied, daß sie zu jenem wesentlich, zu letzterer zufällig, zu jenem stets wirklich, in der Wirklichkeit vorhanden sein müſſen, zu letzterer entweder auch in der Wirklichkeit vorhanden oder außerdem auch noch nur möglich oder nothwendig gewesen sein können. Auch die praktischen — nun zu erörternden Erfodernisse einer Rechtsverletzung, der Wille, zu handeln, sind gemeinschaft-

1) Hepp, Commentar, I. S. 677—79.

Digitized by Google

liche des Vorſatzes und der Fahrläſſigkeit und zu beiden weſentlich. Allein dieſer Wille, zu handeln, iſt kein beſonderes Erforderniß der Rechtsverletzung, ſondern ein allgemeines einer jeden Rechtshandlung. (§. 63.). Der hier zu betrachtende wirkliche und in Wirklichkeit vorhandene poſitive Wille des Handelnden, durch eigne Thätigkeit und Kräfte (§. 270. 268, 278.) ein Rechtsgeſetz, ein Strafgeſetz, ein Recht als ſolches, zu verletzen, die Rechtsverletzung als ſolche zu begehen, dieſer iſt ein ganz eigenthümliches Erforderniß des rechtswidrigen Vorſatzes, die ſpecifiſche Differenz zwiſchen ihm und der Fahrläſſigkeit ausmachend und daher der letztern und ihrem Begriffe direct widerſprechend. Iſt jedoch jener Wille in dem Handelnden nicht wirklich, jedoch möglicher oder nothwendiger Weiſe vorhanden geweſen, ſo iſt kein Vorſatz, es kann aber Fahrläſſigkeit vorhanden ſein. Wie alle theoretiſchen ſubjectiven, wie alle objectiven Erforderniſſe einer Rechtsverletzung beim rechtswidrigen Vorſatze ſtets wirklich und in Wirklichkeit vorhanden ſein müſſen, bei der Fahrläſſigkeit jene nur wirklich ſein können, (außerdem aber auch blos möglich oder nothwendig), ſo müſſen auch die praktiſchen oder der Wille, das Strafgeſetz zu verletzen, ſtets in Wirklichkeit zu jenem, dem Vorſatze, dürfen aber nicht in Wirklichkeit bei der Fahrläſſigkeit vorhanden ſein. Die Wirklichkeit aller Erforderniſſe einer Rechtsverletzung iſt daher das weſentliche Grunderforderniß des Vorſatzes.

§. 344.

Inhalt, Richtung und Name des Willens.

Eine Rechtsverletzung iſt natürlich eine praktiſche, eine Handlung des praktiſchen Vermögens, folglich auch — und insbeſondere — des Willens, (§. 26. a. E. 27. a. E.), als des überhaupt die Triebe der Sinnlichkeit oder die Geſetze der praktiſchen Vernunft ausführenden und zwar des allein ausführenden Vermögens. Dieſer Wille muß in der Regel, d. h. bei vorſätzlichen Rechtsverletzungen auf dieſe als ſolche gerichtet ſein; der Handelnde muß die Rechtsverletzung (oder mehrere) als ſolche inſofern und deßhalb wollen, inwiefern und weil und obgleich ſie Rechtsverletzung iſt, nicht aber ſie überhaupt als Handlung wollen, obwohl, wenn, weil oder inwiefern ſie ein Recht, verletzt oder nicht. Mit andern Worten: der Handelnde muß nicht nur die — objectiv ein Recht verletzende — geſetzwidrige Handlung als Handlung, ſondern er muß (auch) grade die in ihr liegende

Digitized by Google

Rechtsverletzung beabſichtigen oder wollen. Nur inwiefern er das Rechts- oder Geſetzwidrige in der Handlung will, nur dieß heißt rechtswidriger Vorſatz; nicht aber das mit, was in der Handlung nicht Rechtswidriges er will. [1]) Endlich muß jener Wille als Wille und weil und wenn er Wille iſt und ſein ſoll, natürlich als ſolcher, auch poſitiv, affirmativ, thätig, nicht blos negativ, leidend, unthätig ſein. Denn außerdem, wenn er letzteres wäre, wäre er gar kein Wille, gar kein Vorſatz (§. 26. 37. a. E.), ſondern der Geiſt des Thäters höchſtens Uebles billigend, beiſtimmend, folglich theoretiſch, nicht auf Verwirklichung von etwas Subjectiven in etwas Objectives, auf Realiſirung und Hervorbringung von etwas Objectiven gerichtet. Deßhalb iſt der ſog. eventuelle und indirecte Vorſatz kein Vorſatz, d. h. nicht auf eine rechtswidrige Handlung als rechtswidrige gerichtet, ſondern bloße bewußte Fahrläſſigkeit. — Den Inhalt dieſes §. beweiſt nichts mehr, als die Bezeichnungen oder Namen des rechtswidrigen Vorſatzes. Im römiſchen Rechte [2]) heißt er: „dolus (malus), propositum, impetus, fraus, consilium, voluntas, consulto, data opera (ſ. §. 295. 297.) animo violandi, nocendi.“ (dieſe voluntas nocendi iſt jedoch kein ſtets weſentliches Merkmal des dolus;[3])) in der P. G. O. [4]) „Argliſt, vorgeſetzten Willen und Muth, fürſetzlich und freventlich, geverlich, boshaftig, mit Willen“, im S. C. G. B. „Böswilligkeit, [5]) rechtswidriger Vorſatz, [6]) Vorſatz, [7]) vorſätzlich, [8]) Abſicht, [9]) abſichtlich, [10]) rechtswidrige, widerrechtliche Abſicht, [11]) beabſichtigen, [12]) ausdrücklich

1) l. 3. §. 2. l. 1. §. 3. l. 4. §. 2. l. 15. §. 2. ad l. Corn. de sicar. 48, 8. l. 7. §. 5. d. iurisd. 2, 1. l. 1. §. 3. d. tribut. 14, 4. l. 3. §. 1. d. sep. viol. 47, 12. l. 29. §. 4. ad l. Jul. d. adult. 48, 5. P. G. O. Art. 134. 146. 180. Martin, Lb. §. 33. not. 6. S. 74. §. 34. not. 2. 3. S. 75. §. 35. not. 4. S. 78. §. 36. not. 4. 6—8. S. 81. f.

2) l. 12. §. 1. d. incend. 47, 9. l. 5. §. 2. d. poen. 48, 19. l. 3. §. 1. d. sep. viol. 47, 12. c. 1. 4. 5. 9. ad l. Corn. de sicar. 9, 16.

3) c. 1. ad l. Corn. d. sic. 9, 16. Roßhirt, N. Arch. d. C. R. VIII. S. 373.

4) P. G. O. Art. 113—115. 121. 131. 133. 134. a. E. 146. 148. 170. 176—178.

5) Art. 27. 42. 292.

6) IV. Cap. Ueberſchr. u. Art. 32.

7) Art. 31.

8) Art. 59. 131.

9) Art. 65. 81. 50. 106. 130. 131. 137. 144. 146. 148. 149. 150. 167. 171, 3. 174. 175. 183. 185. 194. 197. 199. 216. 223. 233. 234. 249. 258. 260. 261. 262. 268. 269. 271. 284. 245.

10) Art. 12. 22, 2. 36. 67. 94. 96. 140. 160. 198. 145, 1.

11) Art. 174. 175. 249.

12) Art. 26. 29. 30. 31. 47. 86. 116. 145, 1. 152. 248. 249. 132.

Digitized by Google

beabsichtigen,[13]) Zweck,[14]) Entzweck,[15]) bezwecken,[16]) Entschluß,[17]) bewirken wollen,[18]) mit Vorbedacht gefaßter Entschluß,[19]) Ueberlegung,[20]) Muthwille,[21]) Bosheit,[22]) Rache[23]) und vorzüglich wird er bezeichnet durch „um" mit dem Infinitiv.[24])

§. 345.

Cumulation und Anzahl der subjectiven, theoretischen und praktischen Erfoderniſſe einer Rechtsverletzung.

In der, in §. 163—345. angegebenen Anzahl, Richtung und Weise, in diesem Inhalte und Umfange müssen sämmtliche einzelne theoretischen und praktischen subjectiven Erfoderniſſe einer jeden einzelnen (vorsätzlichen) Rechtsverletzung cumulativ, zugleich und nebeneinander, nicht aber einzeln, electiv oder successiv, und stets wirklich, nicht etwa blos möglicher oder nothwendiger Weise vorhanden sein. Mit andern Worten: Nur Bewußtsein (Wissen) und Wollen einer Rechtsverletzung als solcher, (d. h. aller einzelnen objectiven Erfoderniſſe derselben) nur Wissen und Wollen zusammen, vereint, verbunden, cumulativ bildet das subjective Wesen einer (vorsätzlichen) Rechtsverletzung; mithin weder das Wollen allein, ohne Wissen, noch Wissen allein, ohne Wollen (bewußte Fahrlässigkeit, eventueller und indirecter Vorsatz, s. unten). Hiergegen ist nicht Art. 31. des S. C. G. B. (§. 329. 341.). Denn derselbe sagt nicht, daß rechtswidriger Vorsatz dann schon vorhanden sei, wenn der Thäter den wirklich eingetretenen Erfolg vorhersehen mußte (ohne ihn gewollt zu haben), sondern nur, daß dieser bei einer mit Vorsatz verübten gesetzwidrigen Handlung dann als von dem Thäter beabsichtigt anzunehmen sei, wenn dieser ihn voraussehen mußte. Jenes vereinte „Wissen und Wollen" heißt im Rö-

---

13) Art. 132, nr. 5.
14) Art. 30. 144. 145, 1. 146. 254.
15) Art. 151. 160.
16) Art. 31.
17) Art. 126. 121.
18) Art. 31.
19) Art. 121.
20) Art. 62. 123. 187.
21) Art. 12. 22, 2. 62. 288. 289. 291.
22) Art. 12. 22, 2. 62. 288. 289. 291. 310. 207.
23) Art. 12, 22, 2.
24) Jahrb. f. Sächs. Straf. R. I. Bd. S. 51. f. L. A. v. 1839. I. Abth. 2. Bd. S. 247. II. Abth. 1. Bd. S. 39. 252. III. Abth. 1. Bd. S. 324. f. Mitth. I. K. S. 65. 498. II. K. S. 707. — S. überh. Krug, Studien. II. S. 41. — Meine Kritik des gegen die Leipz. Burschensch. gesprochenen Urthels. Altenb., 1839. S. 121. ff. und oben §. 63. 297.

Digitized by Google

miſchen Rechte[25]) beſonders „sciens — dolo malo.“ Endlich müſſen auch alle einzelnen ſubjectiven Erforderniſſe einer Rechtsverletzung, und ein jedes einzelne von ihnen bei einer jeden einzelnen Rechtsverletzung, (wie die objectiven, §. 272.), beſonders, getrennt, ſo oft und ſo viel Mal vorhanden ſein, als Rechtsverletzungen vorhanden ſein ſollen, oder ein jedes einzelne ſubjective Erforderniß muß einer jeden Rechtsverletzung eigenthümlich angehören, nicht etwa, wenn es nur ein Mal vorhanden iſt, als doppelt oder zwiefach fingirt werden. Hiergegen iſt nicht die ideale Concurrenz von Verbrechen. Denn auch bei dieſer muß ein jedes einzelne ſubjective Erforderniß einer Rechtsverletzung ſo oft, und ſo viele Male einzeln und beſonders vorhanden, auf ſo viele Rechte, Geſetze, Verletzungen und Verbrechen — Gegenſtände und Perſonen gerichtet ſein, als Verbrechen vorhanden ſind und vorhanden ſein ſollen. —

§. 346.

Wille ohne Bewußtſein.

Daher genügt der bloße Wille der Rechtsverletzung, ohne das Bewußtſein derſelben zu einer ſolchen (vorſätzlichen) natürlich nicht. Zuvörderſt ſchon deßhalb, weil jener ohne dieſes pſychiſch unmöglich, jener ein intellectuales Beſtrebungsvermögen und weil ein ſolcher Wille ohne entſprechende Ueberzeugung nicht oft — wenigſtens nicht oft ohne Seelenkrankheit vorkommen wird. (§. 26. S. 15. §. 63. S. 46. §. 64. S. 47. ff.). Aber auch abgeſehen hiervon iſt ein eigentlicher verbrecheriſcher oder recht-, geſetz-verletzender Wille ohne das Wiſſen der Strafgeſetzwidrigkeit, der Rechts-, Geſetzes-Verletzung, ohne das Wiſſen der einzelnen (objectiven) weſentlichen Erforderniſſe oder Beſtandtheile eines Verbrechens ſowohl im Allgemeinen als Beſondern — d. h. ein Wille dieſes Verbrechen als

25) Cic. pro Tullio. cap. 25. l. 1. §. 1. l, 3. ad l. Jul. maj. 28, 4. l. 2. §. 2. l. 4. §. 4. vi bonor. rapt. 47, 8. l. 27. d. ritu nupt. 23, 2. l. 1. pr. §. 3. l. 3. §. 2. ad l. Corn. d. sic. 48, 8. l. 1. d. lege Pomp. 48, 9. l. 3. §. 18. 21. 22. d. SC. Sil. 29, 5. l. 6. 12. 13. pr. §. l. 3. 4. 6. l. 14. 29. §. 4. ad l. Jul. d. adult. 48, 5. l. 3. §. 1. d. sep. viol. 47, 12. l. 9. §. 3. d. l. Corn. d. fals. 48, 10. l. 1. ad l. Jul. pec. 48, 13. l. 3. pr. l. 6. §. 2. d. lege Fabia 48, 15. l. 1. §. 3. d. lege trib. 14, 4. — B. G. O. Art. 111. 121. 123. 127. 131. 134. 146. 170. 177. — Martin, Lb. §. 32. not. 8—10. S. 72. §. 33. S. 73. Bauer, Lb. §. 56. S. 90. Birnbaum, i. Arch. d. C. R. Neue Folge, 1837., nr. 10. S. 277. ff. — Luzerner Polizeiſtrafgeſ. b. Art. 20. Badenſcher Entw. Art. 67. — Dunkler u. unbeſtimmter ſind das Oeſterr. Art. 1. Preuß. L. R. II. T. 20. §. 812—815. Code pénal. Art. 309. Baierſch. St.g.b. Art. 41. 44. — Abegg, Lb. d. Straf. R. W. 1836. §. 82. S. 130. §. 83. S. 132.

Digitized by Google

solches zu begehen, fast gar nicht möglich. Ohne diese Ueberzeugung, dieses Wissen oder Bewußtsein wird der Wille nicht sowohl Wille, als vielmehr nur Wunsch sein und bleiben. Denn dieser ist ein nach einem Gegenstande, zwar auch mit Anstrengung geistiger und körperlicher Kräfte, allein ohne (feste) Ueberzeugung der Wirksamkeit derselben und der Erreichbarkeit und Erreichung eines Gegenstandes durch diese strebender, mithin sich zugleich auf einen glücklichen Zufall verlassender Wille. Ein (solcher) Wunsch ist aber nicht Vorsatz, Absicht, dolus (oben §. 298.). — Aber auch dann, wenn Wissen und Wollen auf verschiedene Gegenstände und Erfolge, jenes und dieses ein jedes allein auf einen (andern) Gegenstand gerichtet, jenes also ohne dieses und dieses allein ohne jenes ist, ist eine (vorsätzliche) Rechtsverletzung nicht vorhanden. Ja, auch ohne das Bewußtsein des (gewollten) Erfolgs oder Erfolgens der Rechtsverletzung als Wirkung oder der Realität derselben genügt das bloße Wollen derselben zum Dasein der wirklichen (vollendeten) Rechtsverletzung nicht. Z. B. es will jemand fast die Erde untergehen, den Himmel herabstürzen machen, dadurch alle Menschen tödten und arbeitet Tag und Nacht körperlich und geistig daran, obwohl er überzeugt ist, daß dieß unmöglich sei. Hier ist natürlich keine strafbare (vollendete) Rechtsverletzung vorhanden, wenn nicht die einzelnen Arbeiten oder Mittel strafbar sind. — Hierher gehören die — ebenfalls bisweilen vorkommenden Fälle, in denen Jemand durch eine Handlung einen rechtverletzenden Erfolg bewirken will oder beabsichtigt, allein dessen Eintritt nicht, ja sogar dessen Nichteintritt weiß oder glaubt, dennoch aber in jener Absicht gegen seine Einsicht, Zuversicht oder Ueberzeugung auf's Gradewohl ins Blaue hinein, vornimmt. Hier ist rechtswidriger Vorsatz, Wollen und Wissen der Rechtsverletzung nicht, daher auch keine als vorsätzliche strafbare und zurechenbare, wiewohl äußerlich erkennbare Handlung vorhanden, mag jene Ueberzeugung des Handelnden vom Nichteintritte des rechtsverletzenden Erfolgs richtig oder unrichtig, dieser also jener gemäß nicht eingetreten oder ihr entgegen eingetreten sein und zwar in beiden Fällen deßhalb, weil kein wirklicher rechtswidriger Vorsatz — ohne Wissen — nicht (nur) deßhalb, weil im erstern Falle gar kein objectiv rechtsverletzender Erfolg vorhanden gewesen ist (oben §. 265.). Es glaubt Jemand B., eine Flinte, auch die beste, gehe nicht über 100 Schritte weit. Dennoch schießt er mit der einen von zwei dastehenden Flinten ganz genau auf den 150 Schritte weit stehenden A. Allein die Kugel

Digitized by Google

erreicht den A. nicht, ganz der Ueberzeugung des A. gemäß, aber gegen seinen Willen.

§. 347.

Art. 26, 3. des S. C. G. B.

Eine solche, so eben am Schlusse des vorigen §. 346. erzählte Handlung ist als vorsätzliche nicht strafbar, ein solcher Wille kein rechtswidriger Vorsatz. Hiergegen ist auch nicht Art. 26, 3. des S. C. G. B., nach welchem dennoch Strafe eintritt, „wenn der Verbrecher zu der Ausführung des von ihm beabsichtigten Verbrechens irriger Weise oder aus Mangel an Einsicht ein völlig untaugliches Mittel gewählt hat." Denn in diesem Art. wird vorausgesetzt, daß der Verbrecher *selbst* an die Tauglichkeit seines Mittels und den Eintritt des Verbrechens geglaubt habe, daß also *Wissen* und *Wollen* der Rechtsverletzung vorhanden gewesen sei. *Hier* aber ist von der Strafloſigkeit eines solchen Falls die Rede, wo der Handelnde selbst die *Untauglichkeit* seines Mittels gewußt, er *wissentlich*, nicht „irriger Weise oder aus Mangel an Einsicht" ein völlig untaugliches Mittel, mithin mit *Einsicht* in die Untauglichkeit desselben, gewählt hat. Die Strafloſigkeit einer solchen Handlung kann auch nicht dadurch aufgehoben, oder diese dadurch strafbar werden, daß des Handelnden feste Ueberzeugung von der Unmöglichkeit oder dem Nichteintritte des rechtsverletzenden Erfolgs — über die Unzulänglichkeit und Untauglichkeit seiner Kräfte und Mittel, über die Wirksamkeit, Wirkung und Beschaffenheit derselben oder des Gegenstandes, der Sinnenwelt u. s. w. falsch oder irrig, irrthümlich gewesen, der rechtsverletzende Erfolg dennoch *gegen* diese Ueberzeugung, aber dem Wunsche des Handelnden gemäß eintritt. Gesetzt z. B. in dem oben angeführten Falle hätte B. in *derselben* Ueberzeugung, daß eine jede Flinte, auch die beste, nicht über 100 Schritt weit gehe, die (andere) dastehende — weiter tragende — Flinte ergriffen, auf den 150 Schritt entfernten A. geschossen und — diesen getroffen, ganz *gegen* seine, des B., Ueberzeugung, aber seinem Willen gemäß. Auch diese Handlung ist — obwohl objectiv verletzend, dennoch als *vorsätzliche* nicht zurechenbar, zumal wenn einmal *dieselbe* Handlung im ersten — nicht objectiv verletzenden — Falle aus demselben Grunde des Mangels des *Wissens*, als vorsätzliche nicht zurechenbar sein soll. Denn der bloße objective Erfolg, Eintritt oder Nichteintritt desselben kann die subjective Zurechenbarkeit, die Natur einer und derselben, mit *denselben* subjectiven Erfoderniſſen vorgenommenen Handlung als

Digitized by Google

vorsätzlicher und nicht vorsätzlicher nicht ändern. Auch gegen die Strafloſigkeit dieſes zweiten Falls iſt nicht der angeführte Art. 26., nr. 3. Denn in dieſem iſt von Irrthum und Mangel an Einſicht über die vorausgeſetzte und geglaubte Tauglichkeit zur Ausführung des beabſichtigten Verbrechens eines Mittels die Rede. Hier aber iſt Irrthum und Mangel an Einſicht über die vorausgeſetzte und geglaubte Untauglichkeit zur Ausführung des Verbrechens die Rede. Dieſe Verſchiedenheit iſt ſo weſentlich, wie die zwiſchen Wiſſen und Nichtwiſſen, ja, noch größer. Denn die Vorausſetzung der Strafbarkeit in Art. 26., nr. 2. — affirmative, poſitive Ueberzeugung von der Tauglichkeit des Mittels — wird in dem hier erörterten Falle nicht nur einfach verneint — (negative Ueberzeugung oder Mangel, Nichtvorhandenſein der Ueberzeugung von der Tauglichkeit des Mittels) —, ſondern es wird ſogar das directe Gegentheil geſetzt und angenommen, die affirmative, poſitive Ueberzeugung von der Untauglichkeit des Mittels. Dieſe weſentliche Verſchiedenheit wird noch mehr beſtätigt, ja, noch vergrößert, dadurch, daß in Art. 26., folglich auch in nr. 2., vom Verſuche, alſo von einem nicht vollendeten Verbrechen, von der Nicht- oder nicht gänzlichen Erreichung der Abſicht, des Vorſatzes die Rede iſt. In dem hier erörterten Falle aber wird dieß nicht nur nicht, ſondern das directe Gegentheil angenommen, nämlich gänzliche Erreichung der Abſicht oder des Wunſches des Handelnden. Art. 26. iſt alſo auf dieſen Fall des Wollens eines Erfolgs, ohne Wiſſen und Ueberzeugung hiervon, nicht anwendbar. Hiervon, an dem Nichtvorhandenſein des rechtswidrigen Vorſatzes bei dem bloßen Wollen ohne Wiſſen, ändert es auch nichts, mag dieſe fehlende Ueberzeugung den Eintritt der objectiven Verletzung oder ein anderes objectives weſentliches Erforderniß einer Rechtsverletzung oder der zu einer ſolchen erforderlichen Ueberzeugung, z. B. das Vorhandenſein eines Rechts, Rechts- oder Strafgeſetzes betreffen. Z. B. A. will ein Gericht beleidigen (Art. 198.). Allein er wählt hierzu Aeußerungen, von denen er weiß und glaubt, daß ſie nicht beleidigen, weder an ſich noch nach der gemeinen Meinung Verachtung ausdrücken, noch eine Ehrenkränkung enthalten. Hier iſt keine (zurechenbare oder ſtrafbare) Beleidigung vorhanden, mag jenes Wiſſen und Glauben richtig oder unrichtig, objectiv eine Beleidigung nicht vorhanden oder vorhanden ſein (ſ. oben §. 59. not. 1. S. 44. u. §. 336.). — Daſſelbe gilt natürlich, wenn jemand eine — durch ein Strafgeſetz verbotene — Handlung will, aber

Digitized by Google

ohne Bewußtsein, ohne Wissen, des Strafgesetzes, mit der Ueberzeugung, sie sei erlaubt, z. B. Thierquälerei, Selbstverstümmelung. (§. 338.).

§. 348.

Strafbarkeit des Wollens ohne Bewußtsein als Fahrlässigkeit.

Es fragt sich nun, ob in allen solchen Fällen des Wollens einer Rechtsverletzung ohne Bewußtsein derselben wenigstens Fahrlässigkeit und eine fahrlässige Rechtsverletzung vorhanden sei. Diese Frage wird in der Regel, jedoch nicht stets, zu bejahen sein. Und zwar ist diese Fahrlässigkeit recht eigentlich ein Verstandes- ein Fehler des theoretischen Bewußtseins, insofern eben dieses Bewußtsein fehlt oder falsch ist, dagegen ein Willensfehler, insofern der Wille, ohne Ueberzeugung von der Erreichbarkeit des Zwecks, ohne Sinn handelt. Dagegen ist die Frage, ob eine solche fahrlässige Rechtsverletzung strafbar sei, nach dem S. C. G. B. Art. 32. in der Regel zu verneinen. (§. 338.).

§. 349.

Bewußtsein ohne Wille.

Eben so wenig, als der Wille ohne Bewußtsein, genügt zum rechtswidrigen Vorsatze und zu einer vorsätzlichen Rechtsverletzung das bloße Bewußtsein oder Wissen derselben als solcher, ohne das praktische Wollen derselben als solcher oder der Wille, eine Handlung als solche, als nicht Recht- und Gesetz verletzende zu begehen wiewohl sie nicht nur ohne, sondern sogar gegen den Willen verletzte. Hier ist also der Wille, ein Recht oder ein Gesetz zu verletzen, nicht nur nicht, sondern es ist sogar der entgegengesetzte Wille, der directe Gegen-Wille, folglich rechtswidriger Vorsatz nicht, sondern nur — höchste, demselben nächste — Fahrlässigkeit vorhanden,[1]) — „luxuria" im Römischen Rechte,[1]) „Geilheit[2]) in der P. G. O. Art. 106., in neuern Gesetzbüchern „Muthwille" genannt, der jedoch im S. C. G. B. zum Vorsatze gerechnet wird (s. oben §. 301.). Hierher gehören auch die von obigem noch verschiedenen Fälle, in denen bei ebenfalls vorhandenem Bewußtsein der Rechtsverletzung dem Handelnden und seinem Willen der Eintritt oder Nichteintritt derselben ganz gleichgültig ist, derselbe also weder will noch nicht will, daß seine Handlung ein Recht oder Gesetz verletze. Auch hier ist kein Wille, dieses zu verletzen, folglich rechtswidriger Vorsatz

1) l. 9. 11. d. incend. 47, 9. — l. 8. §. 1. l. 27. §. 9. ad l. Aquill. 9, 2.
2) Walch, glossar. p. 296. — Baiersch. Str.g.b. Art. 65. Mittermaier, zu Feuerbach, §. 56. note. S. 97.

Digitized by Google

nicht, sondern nur (höhere) Fahrläſſigkeit vorhanden. Daſſelbe gilt endlich auch 3) dann, wenn der Handelnde bei ebenfalls vorhandenem Bewußtſein, daß ſeine Handlung ein Recht oder Geſetz verletze, dennoch dieß und dieſen Erfolg nicht nur nicht, und nicht nur das Gegentheil (Fall, 1.) will, ſondern auch ſelbſt durch poſitive und active (geringerer Grad von Fahrläſſigkeit) oder wenigſtens durch paſſive und negative (höherer Grad von Fahrläſſigkeit) körperliche und geiſtige Thätigkeit zu verhindern ſucht. In allen dieſen Fällen iſt nur bewußte Fahrläſſigkeit vorhanden.

§. 350.

Wille ohne Entſchluß oder poſitive Thätigkeit.

Auch die bloße Einwilligung oder Billigung eines Erfolgs iſt kein rechtswidriger Vorſatz. Denn bei dieſem will der Handelnde den rechtswidrigen Erfolg durch eigne Thätigkeit, Kräfte und Mittel oder durch ſich ſelbſt, als alleinige oder mitwirkende Urſache (§. 298.). In dem rechtswidrigen Vorſatze iſt daher zugleich der Entſchluß zu der eignen Thätigkeit und zu den Mitteln, welche zur Erreichung des rechtswidrigen Erfolgs erfoderlich ſind oder ſcheinen, enthalten. Ohne zugleich mit hierauf gerichtetem Willen, ohne dieſen Entſchluß iſt der bloße Wille einer Rechtsverletzung noch kein rechtswidriger Vorſatz, ſondern dieſem nur in der Regel vorangehend, ein bloßer Wunſch, der den Eintritt des gewollten Erfolgs durch Zufall nicht ausſchließt, ſondern auf dieſen ſich verläßt. Bei dem rechtswidrigen Vorſatze aber vertraut der Handelnde nur auf ſeine — eigne — alleinige oder mitwirkende — Thätigkeit und Kräfte zur Hervorbringung des gewollten Erfolgs, will auch zugleich dieſe Thätigkeit, und iſt auch hierzu ſchon entſchloſſen. Erſt in dieſem Inhalte und Umfange, erſt von dieſer Reife des Willens an iſt rechtswidriger Vorſatz vorhanden, vorher und außerdem nicht (§. 298.). Ein ſolcher, poſitiver oder affirmativer, poſitiv thätiger, ſeiner Richtung und ſeinem Urſprunge nach praktiſcher Wille iſt rechtswidriger Vorſatz und zu einer vorſätzlichen Rechtsverletzung erfoderlich. Außerdem iſt bloße Fahrläſſigkeit vorhanden und nur in den im Geſetze beſtimmten Fällen ſtrafbar.

§. 351.

Der beſtimmte und unbeſtimmte Vorſatz

unterſcheidet ſich nur durch den äußern Umfang, nicht aber, wie viele Criminaliſten, z. B. Krug, Schüler und von Har-

Digitized by Google

titzsch[1]) zu glauben scheinen, durch die intensive Größe des Bewußtseins und des Willens. Bei jenem ist Bewußtsein und Wille entweder nur auf einen oder auf mehrere[2]) Erfolge, zusammen oder cumulativ — sei es zugleich simultaneisch) oder nach einander (successiv) — durch eine[3]) Handluug eintretende, gleiche (ideale, formale Concurrenz) gerichtet. Bei diesem, bei dem unbestimmten Vorsatze, ist Bewußtsein und Wille nie blos auf einen, sondern stets[3]) auf zwei oder mehrere[3]) einzelne und bestimmte (nicht aber unbestimmte, allgemeine, dolus indeterminatus in specie) an Größe gleiche oder[3]) ungleiche, jedoch weder zusammen (cumulativ) noch zugleich (simultaneisch)[5]) noch endlich nach einander (successiv), sondern nur electiv[4]), aber auch nur durch eine[5] Handlung eintretende gerichtet; (unbestimmter, genereller, auch alternativer Vorsatz genannt).

§. 352.

Alternativer und eventueller Vorsatz.

Dieser, der sog. unbestimmte Vorsatz, in diesem (§. 351.) Sinne ist nach der gewöhnlichen Eintheilung wieder theils ein alternativer, theils ein eventueller. Bei jenem ist der Wille, (sowohl als die äußere praktische Thätigkeit) auf beide oder mehrere rechtswidrige[1]) Erfolge und auf einen jeden von ihnen mit gleicher Stärke, und activ oder positiv, nicht nur passiv, jedoch nur alternativ oder electiv gerichtet (oder thätig). Bei diesem ist der Will (sowohl als die äußere praktische Thätigkeit) auf beide oder mehrere Erfolge und auf jeden von ihnen nicht mit gleicher Stärke, nicht auf jeden activ oder positiv, sondern nur auf einen zunächst, unmittelbar, vorzugsweise, positiv und activ, auf den andern aber

1) in den oben angef. W. v. Hartitzsch, zu Art. 31. not. 6. S. 69. zu Art. 125. S. 222.

2) Dieses Merkmal hat übersehen Feuerbach, Lb., 13. Aufl. 1840. §. 59. S. 102.

3) Diese Merkmale übers. Alle; z. B. Mittermaier, zu Feuerbach's Lb., 13. Aufl. 1840. §. 59. not. c. S. 103.

4) Sonst wären es mehrere bestimmte Vorsätze. Auch hiergegen fehlt Mittermaier a. a. O.

5) Sonst wären es mehrere verschiedene Verbrechen; (reale oder materiale Concurrenz).

1) Ist nur einer rechtswidrig, der andere aber erlaubt oder rechtlich gleichgültig, so ist kein alternativer rechtswidriger Vorsatz, sondern nur ein bestimmter rechtswidriger Vorsatz vorhanden. Denn die auf die andre erlaubte Handlung gerichtete Absicht ist kein rechtswidriger Vorsatz. S. unten. Dieß übersieht Schüler, S. 33.

Digitized by Google

nur entfernt, mittelbar und blos passiv (leidend oder negativ) gerichtet.[2])

§. 353.

Der eventuelle Vorsatz.

Man sieht leicht ein, daß der bloß leidende, bloß negative, also der nicht thätige Wille gar kein Wille ist (§. 11. not. 1. §. 26. a. E. §. 27. a. E. §. 37. Anm. §. 46. 51. 63.) und daß daher bei dem eventuellen Vorsatze in Bezug auf den zweiten Erfolg gar kein (thätiger) Wille und gar kein Wollen, folglich gar kein Vorsatz, sondern nur das theoretische Bewußtsein, die theoretische Billigung des (möglichen) nothwendigen oder wirklichen Eintritts dieses zweiten Erfolgs oder die bloße theoretische Einwilligung in denselben; ferner gar keine äußere praktische, auf Realisirung dieses Erfolgs gerichtete Thätigkeit, folglich auch deßhalb kein rechtswidriger (§. 69. ff.) Vorsatz in Bezug auf diesen zweiten Erfolg vorhanden, und daß deßhalb der „eventuelle" Vorsatz ein unnützer Kunstausdruck und ein überflüssiges Eintheilungsglied eben so ist, wie der „indeterminirte" und „indirecte" Vorsatz und wie die „durch rechtswidrigen Vorsatz bestimmte Fahrlässigkeit". Denn es giebt nur einen Vorsatz, aber weder Arten noch subordinirte Glieder desselben, sondern blos Grade oder Potenzen desselben einen Vorsatzes. — Mindestens ist bei dem eventuellen Vorsatze auf den zweiten Erfolg kein positiver Wille und keine positive Thätigkeit gerichtet. — Folglich könnte jener Erfolg stets nur ein negativer, ein Unterlassungsverbrechen, also nur die Verletzung einer (seltenen, §. 46.) positiven Rechtspflicht sein. Allein auch hierbei ist Activität des Willens und der praktischen Thätigkeit nöthig (§. 11. not. 1. §. 26. a. E. §. 37. Anm. §. 46. 51. 63. 345.). Die in den gewöhnlichen Erklärungen des eventuellen Vorsatzes vorkommende Billigung des (andern) Erfolgs oder die „Einwilligung" in denselben ist kein Wille, noch weniger ein activer, positiver Wille, sondern bloßes Bewußtsein oder Voraussehen des Erfolgs, ohne Willen, ja, dieß nicht einmal. Denn der Handelnde weiß den Eintritt oder die Wirklichkeit des rechtswidri-

2) Mit diesen Bestimmungen des Begriffs des eventuellen Vorsatzes stimmen dem Wesen nach, fast Alle überein, auch Wächter und Mittermaier (s. oben §. 346., not. 1. u. 2.); nur daß sie nicht so bestimmte und Kunst-Ausdrücke gebrauchen. Auch sie setzen das Wesen des eventuellen Vorsatzes in die Leidentlichkeit, Negativität, Passivität des Willens in Bezug auf den zweiten Erfolg, in dessen bloße „Billigung" oder in die bloße „Einwilligung" in dessen Eintritt, in die Gleichgültigkeit darüber, ob er eintritt.

Digitized by Google

gen (andern) Erfolgs noch nicht, sondern nur dessen Möglichkeit. Ja, noch mehr. Nach Mittermaiers Definition des eventuellen Vorsatzes will der Handelnde sogar den (andern) schlimmern Erfolg nicht, er will sogar dessen Nichteintritt, zunächst nur den geringern, ja, er richtet sogar hiernach seine Handlung ein. (§. 349., Fall 3.). Das bloße „Einwilligen" ist noch keine „Absicht"; ist noch kein Wollen und Wissen der Wirklichkeit, Erreichung und Erreichbarkeit des rechtswidrigen Erfolgs durch eigne Thätigkeit, Kräfte und Mittel, kein Wollen dieser eignen Thätigkeit. Im rechtswidrigen Vorsatze liegt nicht nur das Wollen des Erfolgs, sondern auch das Wollen desselben durch eigne Thätigkeit und der Entschluß zu dieser Thätigkeit. — Die Einwilligung und Billigung aber ist das bloße Wollen des Erfolges, ohne das Wollen der Thätigkeit und Mittel hierzu und ohne den Entschluß — auch hierzu, mithin den Eintritt des Erfolges durch Zufall nicht ausschließend. Diesen schließt aber der rechtswidrige Vorsatz aus. Kurz, jene Einwilligung und Billigung ist keine praktische Thätigkeit und Richtung und gehört ihrem Ursprunge nach nicht dem praktischen Vermögen an (§. 27. 37. 46. 51. 63. 56. 69. — §. 11. not 1. §. 26.). Bei diesem sog. eventuellen Vorsatze ist daher stets nur ein wirklicher, rechtswidriger Vorsatz vorhanden, der, wenn sein Erfolg eingetreten ist, vollendetes Verbrechen, außerdem aber und wenn eine äußerlich erkennbare Handlung hinzugekommen ist, bloßer Versuch ist. Der andere (angebliche, im eventuellen Vorsatze mit enthaltne) Vorsatz ist bloße Fahrlässigkeit nnd nur als solche und nur dann strafbar, wenn dessen äußerer, verletzender Erfolg durch des Handelnden äußere Thätigkeit eingetreten ist. Denn sonst ist eine bloße „cogitatio" vorhanden (§. 271. not. 2. S. 251.

§. 354.

Indirecter Vorsatz.

Unter indirectem Vorsatze verstanden die meisten ältern Criminalisten[1]) von Carpzov an bis Meister[2]) gewöhnlich den eventuellen Vorsatz (§. 353.); bisweilen[3]) jedoch auch die durch

1) Carpzov, pract. rer. qu. 1. nr. 32. Leyser, medd. ad Pand. Sp. 16. m. 5. sp. 597. m. 17. sp. 601. 603. Nettelbladt, de homicid. ex intentione indirecta commisso. Hal. 1756.

2) im N. Arch. d. Crim. R. I. S. 106. Pract. Bem. II. Bd. Bem. 25. auch Henke, Hdb. I. S. 363. 379. Böhmer, Hdb. d. Litter. des C. R. S. 629. ff.

3) besonders wegen l. 1. §. 3. l. 3. §. 2. ad l. Corn. d. sicar. 48. 8.

Vorsatz bestimmte, selbst geringe Fahrlässigkeit, sobald nur der eingetretene rechtswidrige Erfolg mit Wahrscheinlichkeit oder als sehr wahrscheinlich hätte vorausgesehen werden können oder sollen oder vorausgesehen werden konnte,[4]) — mithin das Zusammentreffen des Vorsatzes und der Fahrlässigkeit in Hinsicht verschiedener Erfolge der nämlichen Handlung. — Allein auch hier ist entweder nur ein wirklicher oder gar kein rechtswidriger Vorsatz,[5]) mithin jener nur auf Vorsatz deutender, dennoch aber angeblich Fahrlässigkeit mit enthaltender Ausdruck schwankend, unrichtig, zu falschen Folgen führend und überflüssig. Alle neuern sind daher mit Recht gegen die Annahme eines indirecten Vorsatzes.[6])

§. 355.

Indeterminirter Vorsatz. 1) Erklärung.

Viele Criminalisten haben — wenn auch über den Begriff vom bestimmten und selbst über den des eventuellen Vorsatzes einig — doch vom unbestimmten (§. 351.) nicht den hier aufgestellten, sondern einen andern, etwas abweichenden Begriff, z. B. Wächter, Feuerbach, Krug, Herrmann, Schüler in den angef. W. u. B., insbesondere aber andere Eintheilungen. Sie stellen nämlich a. den bestimmten, b. den unbestimmten (auch generellen, alternativen gen.) und c. den eventuellen Vorsatz als drei coordinirte Eintheilungsglieder auf, halten also den alternativen (§. 352.) für identisch mit dem unbestimmten und nicht für eine Species dieses letztern und definiren auch diesen „dolus indeterminatus“ weder, wie den unbestimmten in §. 351., noch wie den alternativen, in §. 352., sondern ohngefähr so: „Es kann die Absicht des Handelnden auf verschiedene Rechtsverletzungen so gerichtet sein, daß der Thäter weder alle cumulativ, noch eine einzelne bestimmte von ihnen allein und ausschließlich, sondern überhaupt irgend eine, nach Gattung, Größe, Umfang u. s. w. unbestimmte, geringere oder

---

1. 38. §. 5. d. poen. 48, 19. c. 6. ad l. Jul. d. vi 9, 2. cap. 3. in VI. d. homicid. 5, 4.

4) Leyser, l. l. Sp. 603. m. 8. Boehmer, el. iur. crim. Sect. II. §. 202. Derselbe, Obs. ad Carpzov, qu. 1. obs. 2.

5) l. 3. §. 1. d. sepulcro viol. 47, 12. l. 29. §. 4. l. 12. ad l. Jul. d. adult. 48, 5. l. 11. §. 5. l. 3. §. 2. ad l. Corn. d. sicar. 48, 8. P. G. O. Art. 146. Regenherz, im N. Arch. d. Crim. R. V. S. 741. not. 9. Martin, Lb. §. 36. not. 6. S. 80. Wächter, Lb. I. §. 81. not. 61. S. 132. u. die dort angef.

6) Dennoch spricht die Deputat. der II. K. zu Art. 123. (L. A. Beil. zur III. Abth. 2. Slg. S. 715. Mitth. S. 618. 3751.), so wie Krug, Studien, I. S. 54. II. S. 62. vom „dolus indirectus“.

schlimmere, geringste oder schlimmste will." Andere unterscheiden scheinbar und den Worten, nicht aber dem Wesen nach, alternativen und unbestimmten Vorsatz so:[1] „Bei dem alternativen ist es dem Handelnden völlig gleich, welcher von den als möglich vorausgesehenen Erfolgen seiner Handlung wirklich wird der, ob schlimmere oder der minder schlimmere, bei dem unbestimmten Vorsatze vergegenwärtigt sich der Verbrecher den speciellen Zweck seiner Handlung gar nicht bestimmt (wie oben), sondern will überhaupt einen Schaden zufügen und wenn er der schlimmste wäre; bei dem eventuellen beabsichtigt er zwar einen minder strafbaren, ja, straflosen Erfolg, hat aber das Bewußtsein dabei (sieht voraus oder kann voraussehen), daß aus seiner Handlung eben so leicht ein strafbarer Erfolg hervorgehen könne und willigt mithin, wenn es nicht anders sein kann, auch in diesen ein."[2]

§. 356.

2) Wiederlegung.

Allein — §. 352. — bei diesem angeblichen unbestimmten und eventuellen Vorsatze ist Bewußtsein und Wille, und wenn ja nicht das Bewußtsein oder das Voraussehen, doch ganz gewiß der Wille nicht auf mehrere Erfolge, sondern nur auf einen, aber allgemeinen, an Umfang weitern, dennoch ganz bestimmten Erfolg, z. B. einem Andern zu schaden, einen Pfiff zu geben, u. s. w., ferner auch auf eine einzelne, bestimmte Handlung als Mittel zu jenem gerichtet. In Bezug auf die vielen einzelnen möglichen schlimmeren oder minder schlimmeren Erfolge oder in Bezug auf den wirklich eingetretenen einzelnen von ihnen ist weder wirkliches Bewußtsein noch wirklicher Wille, insbesondere aber letzterer nicht, noch weniger aber in Bezug auf die Wirklichkeit jener einzelnen Erfolge oder eines einzelnen, sondern nur und höchstens in Bezug auf die Möglichkeit derselben Bewußtsein und Wille vorhanden. Endlich ist Bewußtsein und Wille weder auf alle möglichen Erfolge noch auf irgend einen einzelnen gerichtet. Es ist daher in Bezug auf den eingetretenen Erfolg weder wirkliches Bewußtsein, noch wirklicher Wille, sondern nur Fahrlässigkeit vorhanden, und Vorsatz nur im Bezug auf jenen allgemeinen Erfolg —

1) S. Krug, Studien, I. VI. S. 54. 56. unten, f.
2) Uebereinstimmend, aber aus ganz andern Gründen, verwirft den indeterminirten, eventuellen u. s. w. Vorsatz Luden, Abh. II. Ueb. d. Thatbestand, 1841. S. 557., not. 1. f. u. in den von mir nicht eingesch. Abh. I. Ueb. d. Versuch. 1838. S. 261. ff.

Digitized by Google

irgend einen Schaden — und in Bezug auf die eine Handlung als Mittel zu jenem anzunehmen. Weder jener unbeſtimmte noch der eventuelle Vorſatz iſt daher wirklicher Vorſatz. Dieß zeigt ſchon die Unbeſtimmtheit und das Beſtrittenſein ihrer Begriffe. An der Entſtehung derſelben iſt einzig und allein der in ihren Erklärungen vorkommende Ausdruck „Einwilligen" Schuld. Weil dieſer auf „Wille" hindeutet, hat man das „Einwilligen" in einen rechtswidrigen Erfolg für Vorſatz gehalten. Allein „Einwilligen" heißt nichts weiter als „billigen", „übereinſtimmen". Dieß iſt nichts Praktiſches, nicht auf Realiſirung des gebilligten rechtswidrigen Erfolgs gerichtet, moraliſch, aber nicht rechtlich ſtrafbar. So wenig die „Einwilligung" oder die Uebereinſtimmung des Willens Jemandes in den von einem Andern beabſichtigten rechtswidrigen Erfolg, ohne auf dieſen und deſſen Realiſirung mit gerichtete Theilnahme und Thätigkeit, ſtrafbar iſt, ſo wenig kann die Billigung oder Einwilligung Jemandes in den rechtswidrigen Erfolg ſeiner Handlung, ohne denſelben poſitiv zu wollen, ohne auf ihn und deſſen Realiſirung gerichteten (poſitiven) Willen und ohne auf ihn gerichtete (körperliche) Thätigkeit, als Vorſatz und als Verbrechen ſtrafbar ſein. Denn dieſe Einwilligung iſt bloße cogitatio, weil die Thätigkeit nicht auf dieſe, ſondern auf einen andern Erfolge gerichtet war. Dieſe Thätigkeit darf man nicht auch zugleich auf jene beziehen, dieſe nicht doppelt gegen den Verbrecher benutzen. S. beſonders §. 72. 272. ff. Deßhalb ſind auch jene Ausdrücke nur zu Mißverſtändniſſen führend und möglichſt zu vermeiden. Denn — um noch einige Definitionen des eventuellen Vorſatzes anzuführen — viele Criminaliſten[3]) und Geſetzgeber[4]) verſtehen unter ihm den Fall, wenn zunächſt nur ein gewiſſer, minder ſtrafbarer Erfolg hauptſächlich beabſichtigt, jedoch zugleich in einen andern, möglicherweiſe auch daraus entſtehenden, ſtrafbaren Erfolg eingewilligt wurde. Andere[5]) nennen es eventuellen Vorſatz, wenn der Handelnde einen gewiſſen rechtswidrigen Erfolg als, wenn auch nur mögliche, Folge ſeiner Handlung (die an und für ſich gar nicht auf einen ſtrafbaren Erfolg ſchon gerichtet zu ſein brauche) vorausſieht, das Eintreten deſſelben zwar nicht will, aber auf den Fall, daß er nicht vermieden wer-

3) v. Weber, im N. Arch. des C. R. VII. S. 563.
4) Württemb. St.g.b. Art. 51. Hannöv. Art. 52. 53. Bauer, Anm. Bd. I. S. 434. ff.
5) Wächter, Lb. I. S. 127. Roßhirt, Entwickl. d. Grundſ. S. 186. Heffter, Lb. §. 68.

Digitized by Google

den würde, ihn bestimmt vorher billigt. Ein unbegreiflich weiter Begriff des dolus indeterminatus wurde in dem Erkenntnisse eines Appellationsgerichts in den Worten aufgestellt.[6]) „Es lasse sich fragen, ob nicht nach den Worten des Art. 163. des S. G. B. der Räuber jede Folge seiner That in Hinsicht auf die dabei vorgekommenen Verletzungen, also auch die blos zufälligen (?) zu vertreten habe,[7]) wenn man aber auch dieses nicht annehmen und einen dolus indeterminatus oder wenigstens die Möglichkeit (!) den Erfolg vorauszusehen, verlangen wolle, so liege ein solcher dolus vor und mindestens sei die Möglichkeit des eingetretenen Erfolgs vorauszusehen gewesen"!! In welchem Sinne sagt wohl die Deputat. der I. K. in ihrem Berichte zu Art. 31.:[8]) „der dolus indeterminatus steht dem determinatus gleich"?!

§. 357.

Durch Vorsatz bestimmte Fahrlässigkeit

nennt man vorzüglich seit Feuerbach[1]) den Fall, wo ein Verbrecher einen bestimmten rechtswidrigen Erfolg zum Zwecke hat, aus der hierauf gerichteten Handlung aber, ohne des Thäters Willen und Zuthun, ja, gegen dessen Willen, ein andrer rechtswidriger Erfolg entstanden ist, welchen er als, wenn auch nur mögliche, Folge seiner Handlung vorhergesehen (aber nicht gewollt) hat oder doch vorhersehen konnte oder hätte vorausſehen können oder sollen. Allein[2]) hier ist theils vorsätzlicher Versuch in Bezug auf den beabsichtigten Erfolg, theils in Bezug auf den andern eingetretenen Erfolg bloße Fahrlässigkeit vorhanden.[3]) Noch weniger[4]) aber kann man diese Fälle einfach zu dem Vorsatze rechnen in Bezug auf den eingetretenen Erfolg. Der eventuelle Vorsatz, wie er gewöhnlich, insbesondere von Sächs. Criminalisten, z. B. Krug und Schüler definirt wird (§. 356.) ist dem Wesen nach mit der hier definirten, durch Vorsatz bestimmten Fahrlässigkeit identisch. Denn

6) bei Groſſ, Bemerk. zu den Novell. des C. G. B. v. 16. Juni 1840. Dresden, 1840. zu Art. 163. S. 35.

7) S. Hiergegen oben §. 258. 278. Krug, Studien, II. S. 75. 77. 115. f.

8) L. A. Beil. z. II. Abthl. 1. Sſg. S. 56. f.

1) in seinen Betrachtungen über dolus und culpa u. s. w. in Grolmanns Biblioth. B. II. St. 1. Beitr. XIII. und XIV. S. 260. ff. und in seinem Lb. 14. Aufl. 1840. §. 60. S. 105.

2) So das Württemb. Ges.b. Art. 60. u. der Badensche Entw. Art. 91.

3) S. überhaupt Bauer, Lb. §. 63. S. 98. f. Mittermaier, zu Feuerbach's Lb., 13. Aufl. 1840. §. 60. not. 1. S. 105. u. d. dort. angef.

4) l. 1. §. 3. ad l. Corn. d. sic. 48, 8. c. 1. cod. 9, 16.

Digitized by Google

das „Einwilligen" in den als möglich vorausgesehenen Erfolg ist etwas rein theoretisches, ist wieder das bloße Voraussehen, nichts Praktisches, nicht so viel als Wollen, praktisch (positiv) wollen. Diese Identität dieser durch Vorsatz bestimmten Fahrlässigkeit mit dem eventuellen Vorsatze wird noch offenbarer, wenn man jene „einwilligende Schuld" nennt.[5]) — Merkwürdiger Weise nahm auch noch die Deputation der II. Sächs. K. in ihrem Berichte zu Art. 288. des C. G. B. und zwar sogar nach Art. 31. eine culpa dolo determinata[6]) an, eben so die Deputat. der I. K.[7])

§. 358.

Neuere Gesetzbücher.

Es giebt daher keinen besondern eventuellen, keinen indirecten, keinen „indeterminirten" Vorsatz, keine durch Vorsatz bestimmte Fahrlässigkeit. In allen Fällen und bei allen Verbrechen ist nur entweder Vorsatz oder Fahrlässigkeit vorhanden, nie beides zusammen in Bezug auf einen und denselben Erfolg, sondern nur in Bezug auf verschiedene Erfolge einer und derselben Handlung oder Rechtsverletzung oder in Bezug auf verschiedene gleichzeitige Rechtsverletzungen. Einen eventuellen Vorsatz nimmt ausdrücklich nur das Württemberg'sche Ges.b. Art 56. und 57. a. E. an; einen alternativen dagegen alle, Württemb. Art. 57. Badenscher Entw. Art. 88. Hessischer Art. 57. Eine durch Vorsatz bestimmte Fahrlässigkeit, Vorsatz ohne Wollen und blos mit Bewußtsein des Erfolgs, ja, mit dem Bewußtsein der bloßen Möglichkeit und Wahrscheinlichkeit des Erfolgs oder vielmehr mit dem bloßen Voraussehenkönnen, nimmt, den Worten nach und bloß bei besondern Verbrechen an das S. C. G. B. Art.. 131. 132. 171.; allgemein aber Oesterr. Ges.b. Art. 1. Preuß. L. R. II. T. 20. §. 811—815.; Code pénal, Art. 309. (abgeändert im J. 1832). Baiersch. Ges.b. Art. 41. 44., nicht aber das Württemb. Ges.b. Art. 60. und der Badensche Entw. Art. 91.

§. 359.

Genereller Vorsatz nach dem Württemberg'schen St. G. B.

Aus den bisherigen Erklärungen und Betrachtungen des Vorsatzes erhellt zugleich, daß im Strafrechte eine nachfolgende bloße Genehmigung, Billigung oder ratihabitio (§. 270.) des Erfolgs einer eignen Handlung des Thäters (abgesehen von der Theil-

5) Graf v. Soden, Geist der peinl. Gesetzgeb. Teutschl. 2. Aufl. I. §. 6.
6) L. A. III. Abth. 1. Slg. S. 156. ff. Mitth. v. Landt. S. 4078. f.
7) Mitth. v. Landt. 1836/37. S. 249.

nahme) ganz einflußlos sei und daß insbesondere auch der generelle rechtswidrige Vorsatz, wie ihn das Württemberg'sche Gesetzb. ausführlich behandelt, kein besonderer, nur ein (oder mehrere verschiedene) ganz gewöhnlicher, einfacher oder theilweise gar kein rechtswidriger Vorsatz sei. Im Württemberg'schen St. G. B. Artikel 56.[1]) heißt es nämlich: „Ist eine Rechtsverletzung nicht durch die unmittelbar zu ihrer Herbeiführung verübte, sondern durch eine andere, jedoch im Hinblick (?!) auf die Haupthandlung begangene Handlung (oder Unterlassung) bewirkt worden, so soll dieselbe gleichwohl (?!) zum Vorsatze zugerechnet werden, wenn der Thäter auch bei letzterer Handlung von dem auf die Rechtsverletzung gerichteten Vorsatze ausgegangen (?!) ist oder doch (?) das vermeintlich schon vollführte Verbrechen noch nicht mißbilligt (??!) hatte. — Dieselbe (?) Zurechnung tritt ein, wenn die bezweckte Rechtsverletzung einer Ursache beizumessen ist, welche vom Thäter zwar nicht in Berechnung (?) genommen war, jedoch durch die Ausführung seiner unmittelbar auf jene Rechtsverletzung gerichteten Handlung zugleich in Wirksamkeit gesetzt worden (?passiv?) ist. — Gleiche (?) Zurechnung findet statt, wenn die bezweckte Rechtsverletzung unzweifelhaft durch die im 1. Abs. erwähnten Handlungen oder durch die im 2. bemerkte Handlung bewirkt worden (?passiv?) ist, jedoch nicht ermittelt werden kann, welche von den erstern (Abs. 1.) oder auf welche Art (?) die letztere (Abs. 2.) den rechtswidrigen Erfolg herbeigeführt hat und ob derselbe etwa dem Zusammenwirken von Handlungen (Abs. 1.) oder von Ursachen (?) (Abs. 2.) zuzuschreiben ist.

Drittes Kapitel.

Von der Einheit und Cumulation der einzelnen objectiven und subjectiven Erfoderniße einer Rechtsverletzung.

§. 360.

Cumulation der Erfoderniße einer Rechtsverletzung.

Bereits in §. 72. S. 58., §. 272. 274. u. 345. ist die Nothwendigkeit der Cumulation und Einheit der einzelnen wesentlichen Erfoderniße oder Bestandtheile so wie eines jeden Begriffes, so auch einer Rechtshandlung, der objectiven Merkmale einer Rechtsverletzung, so wie der subjectiven Bestandtheile derselben erörtert

1) Hepp, Commentar, I. S. 458—477.

worden. Hier iſt nun nur noch zu erwähnen, daß die bisher einzeln erörterten objectiven (§. 240—274.) und ſubjectiven §. 297 bis 359.) Erforderniſſe einer Rechtsverletzung bei und zu einer jeden einzelnen alle zuſammen und cumulativ, nicht electiv oder alternativ vorhanden ſein müſſen. Sobald ein einziges von ihnen fehlt, iſt keine Rechtsverletzung vorhanden. Ueber die Anzahl der einzelnen Erforderniſſe, welche der der Rechtsverletzungen gleich ſein muß, ſiehe §. 253. und 321.

§. 361.

Einheit,[1]) Identität und Reihenfolge.

Alle einzelnen Erforderniſſe einer Rechtsverletzung, ſubjective und objective, müſſen aber auch, ein jedes einzeln und beſonders und alle zuſammen an oder bei einer (einzigen) Rechtsverletzung und durch eine einzige ſolche vereinigt oder verbunden, nicht einzeln an oder bei mehrern verſchiedenen, vorkommen, concentrirt, in ihrer Geſammtheit, Einheit und Identität eine einzige Rechtsverletzung ausmachen, nach Grund, Zweck, Zeit, Ort, Urſache und Wirkung identiſch, durch Urſachlichkeit und Wechſelwirkung verbunden zuſammenhängen (§. 71. 269.), nicht weſentlich unterbrochen und getrennt, nicht verſchieden ſein (ſog. unitas actus.)[2]) Insbeſondere müſſen die ſubjectiven Erforderniſſe grade dieſelben identiſchen objectiven betreffen oder mit dieſen identiſch ſein (§. 272. 280.). Kurz, der Inbegriff ſämmtlicher objectiven Erforderniſſe einer Rechtsverletzung — Leib, corpus, actus, Object, Sinnen-Körperwelt — und der Inbegriff aller ſubjectiven —, Geiſt, voluntas, mens, animus, Subject —, müſſen eines ſein und ausmachen. Weder jenes noch dieſes allein bringt eine Rechtsverletzung hervor. Ja, das gleichzeitige Vorhandenſein aller jener objectiven und dieſer ſubjectiven Erforderniſſe macht weder getrennt — jene allein und dieſe allein — eine Rechtsverletzung aus noch auch durch Gleichzeitigkeit, oder Gemeinſchaft des Ortes und Raumes, oder durch Einheit des Gegenſtandes oder der Urſache und Wirkung, oder des Willens, oder des handelnden Subjects oder durch Urſachlichkeit und Wechſelwirkung verbunden. Vielmehr macht nur eine allſeitige Verbindung und Einheit der objectiven und ſubjectiven Er-

1) Luden, Abh. II. Ueb. d. Thatbeſtand. S. 128. 109. Abegg, Lb., §. 68.

2) Aehnlich, (aber nicht identiſch) der unitas actus bei Teſtamenten. c. 21. 28. d. testam. VI., 28. l. 21. §. 3. qui testam. fac. p. 28, l. §. 3. d. testam. ord. 2, 10.

Digitized by Google

foderniſſe und der einzelnen untereinander in allen jenen Beziehungen eine Rechtsverletzung aus. Das heißt: ſie alle zuſammen, einzeln und untereinander müſſen verbunden ſein, cumulativ, nicht electiv durch Einheit 1) des Subjects, 2) des Willens, (eines einzigen, concreten, empiriſchen, abgeleiteten Wollens) 3) der Urſache und Wirkung, 4) der Urſachlichkeit und Wechſelwirkung, 5) des Gegenſtandes, 6) des Ortes und Raumes, 7) der Zeit (§. 72. 269.). Und zwar müſſen ferner und außerdem die ſubjectiven Beſtandtheile eines Verbrechens ſtets der Zeit nach eher, vorher und zuerſt, die objectiven ſpäter und hinterher, vorhanden, nicht umgekehrt, ferner jene die Urſache dieſer, als Wirkungen ſein, mithin dieſe zu jenen und durch jene, nicht jene zu dieſen, hinzukommen. Deßhalb iſt der allein nachfolgende Vorſatz — an ſich ſchon ein Widerſpruch und rechtliches und logiſches Unding —, die bloße civilrechtliche nachfolgende Genehmigung, Billigung oder ratihabitio, ohne gleichzeitige oder nachfolgende körperliche Handlung, im Strafrechte ganz irrelevant; der dolus ex re oder subsequens — nicht ſtrafbar, deßhalb auch der eventuelle Vorſatz kein wahrer Vorſatz. Deßhalb iſt in allen Fällen das bloße Hinzutreten eines rechtswidrigen Vorſatzes zu einer bereits vorhandenen objectiven Rechtsverletzung oder zu einem bereits vorhandenen äußern objectiven, thatſächlichen oder körperlichen Verhältniſſe oder Zuſtande, ohne des letztern (gleichzeitige oder nachfolgende) Veränderung durch und mit jenem Vorſatze und durch und mit der körperlichen Thätigkeit deſſen, der den Vorſatz hat, nie eine ſtrafbare Rechtsverletzung (§. 271.), ſelbſt bei der Verletzung poſitiver Rechtspflichten durch Unterlaſſungen, ſobald dieſe Unterlaſſung und jene Verletzung, wie geſagt, vor jenem Vorſatzes objectiv einmal geſchehen, vorhanden, nicht wieder aufgehoben und vernichtet, ungeſchehen gemacht werden kann. Iſt dieß letztere aber noch möglich, kann die Unterlaſſung oder vermeintliche Verletzung einer poſitiven Rechtspflicht noch aufgehoben, vernichtet, ungeſchehen gemacht oder geheilt, mithin die poſitive Rechtspflicht noch erfüllt werden, ſo iſt natürlich eine wirkliche Rechtsverletzung auch objectiv noch gar nicht einmal geſchehen oder vorhanden, folglich überhaupt — ſelbſt bei dem Hinzukommen und gleichzeitigem Vorhandenſein des rechtswidrigen Vorſatzes oder aller ſubjectiven Erfoderniſſe — noch gar keine Rechtsverletzung vorhanden und vorhanden geweſen, weil eine ſolche nicht blos aus dieſen beſteht. — Auch aus dieſen Gründen war es falſch, daß Schwarze und

Digitized by Google

Heyne bei der §. 252. oben angegebenen Findung bei und nach dem Hinzutreten des bloßen Willens des Finders, die gefundene Uhr zu verkaufen, ein Verbrechen annahmen. Aus denselben Gründen war es ferner falsch, wenn ein Appellationsgericht in dem oben §. 356. not. 5. S. 349. angeführten Urthel sagte: „Es lasse sich fragen, ob nicht nach den Worten des Art. 163. des S. E. G. B. der Räuber jede Folge seiner That in Hinsicht auf die dabei vorgekommenen Verletzungen, also auch die blos zufälligen (von ihm nicht verursachten oder bewirkten) zu vertreten habe.“[1])

§. 362.

Irrthum und Verirrung. Unterschied.

Im Strafrechte unterscheidet man zwischen thatsächlichem Irrthume (error facti) und thatsächlicher Verirrung (aberratio). Jener betrifft den Erfolg, Gegenstand, dessen Eigenschaften und die Mittel des Verbrechens; diese aber die Identität oder vielmehr Verschiedenheit des Objects, welches der Verbrecher verletzen wollte und konnte, und dessen, welches wirklich, wider und ohne sein Wissen und Wollen, verletzt worden ist. Ueber jenen handelt das S. E. G. B. Art. 26. u. 68. und nimmt bei dessen Vorhandensein mindere Strafbarkeit an.

§. 363.

Verirrung.

In Betreff der Verirrung giebt es hauptsächlich zwei, bereits in §. 307. not. 2. u. 3. namhaft gemachte Theorien. Die eine von ihnen nimmt, wie das S. E. G. B. in Bezug auf den Irrthum, eine mildere Bestrafung an, in Bezug auf das wirklich verletzte Object nur Fahrlässigkeit, mit Concurrenz des vorsätzlichen Versuchs (in Bezug auf das gewußte oder gewollte). Die zweite Theorie nimmt, ungeachtet der Nichtidentität und Nichteinheit, Vor-

1) S. noch andere Anwendungen obiger Sätze in Bezug auf Theilnahme an Verbrechen und Verbindungen in Meiner Kritik des gegen die Lpz. Burschenschaft gesprochenen Urthels. Altenburg, 1839. S. 116. f. S. 123. ff. Obige Einheit des Subjecticen (animus) und Objectiven (corpus) findet sich oft im Rechte, z. B. bei der Erlangung und dem Verluste des Besitzes. Paul. V. 2. §. 1.. „Possessionem acquirimus et animo et corpore ... sed nudo animo adipisci possessionem non possumus“ .. l. 3. §. 1. d. A. v. A. P. 41, 2.: „Et adipiscimur possessionem corpore et animo; neque per se animo, aut per se corpore.“ l. 3. §. 3. l. 8. cod. 41, 2. l. 159. d. R. J. 50, 17. §. 5. I. d. interd. 4, 15. — l. 8. d. A. v. A. P. 41, 1.: „Quemadmodum nulla possessio acquiri, nisi animo et corpore potest, ita nulla amittitur, nisi in qua utrumque in contrarium actum est“. l. 3. §. 6. u. 13. l. 17. §. 1. l. 29. l. 44. § 2. cod. 41, 2. l. 153. d. R. J. 50, 17.

Digitized by Google

satz in Bezug auf das verletzte Object an. — Daß diese zweite Meinung falsch sei, dieß dürfte sich schon 1) aus §. 72. 272. 253. 321. 360. u. 361., so wie daraus ergeben, daß nach ihr 2) die thatsächliche Verirrung als ganz irrelevant, so gut wie als nicht vorhanden betrachtet oder fingirt wird im Widerspruch mit derselben Meinung über den wirklichen Irrthum (error) und gegen die Analogie der Gesetze über diesen (S. C. G. B. Art. 26. 68.). Aber auch die erste Theorie ist nicht richtig, insofern sie neben einem fahrlässigen (natürlich vollendeten) Verbrechen noch außerdem vorsätzlichen Versuch in Bezug auf das eigentlich gewollte Object annimmt. Denn in Bezug auf dieses fehlt es an jedem rechtsverletzenden Erfolge; das Recht dieser andern Person, welche der Verbrecher verletzen wollte, ist gar nicht verletzt, ihr ist gar keine Verletzung, gar keine Gefährdung äußerlich widerfahren, nicht einmal ihre Sicherheit oder ihr Recht auf Sicherheit ist äußerlich gefährdet oder verletzt worden. Eine objective Verletzung eines Rechts aber ist auch zum strafbaren Versuch wesentlich (§. 265.). Bei einer solchen Verirrung aber ist in Bezug auf das gewollte Object nur Vorsatz, ohne irgend eine äußere Verletzung, ja, sogar ohne deren reale Möglichkeit, vorhanden. Jedoch — abgesehen hiervon — jene Theorie fingirt förmlich das Vorhandensein der Fahrlässigkeit oder eines doppelten oder zwiefachen fehlerhaften Willens und Verbrechens und zweier verbrecherischer Thätigkeiten. Dennoch aber ist es gewiß, daß in den Fällen der Verirrung (abgesehen von der Concurrenz der Verbrechen) nur ein rechtswidriges Bewußtsein, nur ein rechtswidriger Wille nur einer Verletzung nur eines Rechts, eines Gesetzes, einer Person, daß ferner nicht minder nur eine äußere Handlung, nur eine verbrecherische Thätigkeit vorhanden ist. Dieselbe Theorie verstößt insbesondere gegen die §. 273. 321. erörterten Grundsätze. Obwohl nämlich in Bezug auf das gewollte Object es an allen objectiven Erfodernissen einer Rechtshandlung und Rechtsverletzung, insbesondere an der Aeußerlichkeit der Handlung oder Thätigkeit fehlt, so nimmt (oder borgt) jene Theorie diese von dem wirklich verletzten Objecte hinweg und herüber auf das gewollte Object, mithin doppelt und zwiefach. — Betrachtet man dagegen ein jedes Verbrechen als gegen die Staatsgewalt gerichtet, so ist auch bei der Verirrung ein, jedoch nur ein vorsätzliches, aber noch nicht so weit vollbrachtes Verbrechen vorhanden, als es vollbracht werden konnte. — Ueber die absichtliche Erregung und

Digitized by Google

Benutzung des Irrthums eines Andern und deſſen Beſtimmung zu einem Verbrechen hierdurch S. C. G. B. Art. 36. und oben §. 337. not. 2.

§. 364.

Art. 31. des S. C. G. B. [1])

Gegen dieſe hier über rechtswidrigen Vorſatz vorgetragenen Grundſätze iſt auch nicht Art. 31. des S. C. G. B. Derſelbe lautet: „Bei einer mit Vorſatz verübten geſetzwidrigen Handlung iſt der wirklich eingetretene Erfolg auch dann als von dem Thäter beabſichtigt anzunehmen, wenn er dieſen Erfolg nicht ausſchließlich, ſondern denſelben oder eine andere Rechtsverletzung, die eben ſo wohl daraus entſtehen konnte, bewirken wollte oder wenn die Handlung von einer ſolchen Beſchaffenheit war, daß der Thäter den wirklich eingetretenen Erfolg vorausſehen mußte.“ [1]) Dieſer Artikel handelt 1) blos von (vorſätzlichen), a. mit Vorſatz verübten und b. geſetzwidrigen Handlungen, 2) (im zweiten Satze) blos von alternativem Vorſatze; 3) blos von ſolchen Handlungen, welche zwei verſchiedene, gleich — „eben ſo gut“ — mögliche Erfolge haben können; alſo von einer Mehrheit von Erfolgen; 4) nicht von dem — zum Thatbeſtande eines (vollendeten) Verbrechens (Art. 25.) in der Regel und weſentlich gehörigen, ſondern von einem noch andern, anderweiten Erfolge, daher 5) nur von den Erfolgen in Art. 132. 136. 159. 160. 161. 163. 206. 285. (und iſt folglich nur bei dieſen Art. anwendbar); 6) Er ſpricht blos die Annahme, folglich eine (thatſächliche oder geſetzliche) Vermuthung, keine Fiction und keine praesumtio iuris und de iure; 7) nur der Abſicht, — des einen Beſtandtheils des Vorſatzes, — nicht auch des andern, des Wiſſens, aus, (oben §. 358.); 8) die Worte: „mit Wahrſcheinlichkeit vorausſehen mußte“, bedeuten ſo viel als „wirklich vorausſehen“, nicht blos die rechtliche Nothwendigkeit (das Sollen) des Vorausſehens; 9) ſie ſind nicht gleichbedeutend mit: „mit Wahrſcheinlichkeit vorausſehen konnte“. 10) Der ganze Art. 31. enthält eine formelle, proceßrechtliche, keine materielle Beſtimmung des (materiellen) Strafrechts. 11) Nur der letzte Satz enthält eine wahre Vermuthung der Beabſichtigung des eingetretenen Erfolgs, nämlich unter der — ſtets vorher nachzuweiſenden thatſächlichen Vorausſetzung oder Prämiſſe, daß der Thäter ihn wirklich vorausgeſehen hat, mithin einen Schluß von

1) S. Meinen: „Commentar zum Art. 31. des S. C. G. B. Leipzig, 1841. §. 1—32.

Digitized by Google

dem beſonders nachgewieſenen Wiſſen des Erfolgs auf das (nicht beſonders nachgewieſene) Wollen des Erfolgs. 12) Der erſte Satz aber enthält keine wahre Vermuthung der Abſicht, ſondern die (jedenfalls unnöthige) Beſtimmung, daß der wirklich eingetretene Erfolg als von dem Thäter beabſichtigt auch dann anzunehmen ſei, wenn die Abſicht deſſelben auf ihn mit, alſo in Wirklichkeit gerichtet war, dieſe Abſicht mithin auch wirklich vorhanden war. Mithin iſt dann dieſe Abſicht nicht „anzunehmen", ſondern ſie iſt wirklich vorhanden.

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google